الطبيعة القانونية لنظام التحكيم

التعريف بنظام التحكيم ، وبيان عناصره - التحكيم الإختيارى باعتباره الصورة العامة لنظام التحكيم - بيان دور فكرة النزاع في تكييف نظام التحكيم - النظرية التعاقدية لنظام التحكيم - النظرية القضائية - النظرية المختلطة ، ونظرية استقلال نظام التحكيم - طبيعة نظام التحكيم من وجهة نظر الباحث .

دكتور

محمود السيد عمر التحيوى

٢٠٠٣

دار المطبوعات الجامعية

أمام كلية الحقوق ت : ٤٨٦٢٨٢٩ - أسكندرية

بسم الله الرحمن الرحيم

" لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع للناس وليعلم الله من ينصره ورسله بالغيب إن الله قوي عزيز "

صدق الله العظيم .....

سورة الحديد - الآية رقم (٢٥) .



إهـــــداء

إلى زوجتى العزيزة ، وابنتى رقية حفظهما الله ...

إلى روح والدى الطاهرة ...

إلى والدتى أدام الله بقاءها ...

إلى أخواتى الأعزاء ...

إلى أساتذتى الأفاضل ... إعترافا منى بفضلهم ...

أهدى ثمرة مجهودى ...

مقدمـــــة

بسم الله الرحمن الرحيم
والصلاة ، والسلام على سيدنا محمد
وعلـــى آلـــه ، وصحبـــه ، وسلـــم .

الحمد لله نستعينه ، ونستهديه ، ونستغفره ، ونتوب إليه ، ونعوذ بالله مـــن شرور أنفسنا ، ومن سيئات أعمالنا ، من يهد الله ، فلا مضل لـــه ، ومـــن يضلل ، فلاهادى له ، ونشهد أن لااله إلا الله ، وحده لاشريك له ، ونشـــهد أن سيدنا محمدا – صلى الله عليه ، وسلم – عبده ، ورسوله ، أرســـله بيـــن يدى الساعة بشيرا ، ونذيرا ، وداعيا إلى الله بإذنـــه ، وســـراجا منـــيرا ، فهدى به من الضلالة ، وبصر به من العمى ، وأرشد به من الغى ، وفتـــح به أعينا عميا ، وآذانا صما ، وقلوبا غلفا ، حيث بلـــغ – صلـــى الله عليـــه ، وسلم – الرسالة ، وأدى الأمانة ، ونصح الأمة ، وجاهد فى الله حق جـــهاده وعبد الله – سبحانه ، وتعالى – حتى أتاه اليقين . صلى الله عليـــه ، وعلـــى آله ، وسلم تسليما ، وجزاه عنا أفضل ماجزى نبيا عن أمته .

أمـــا بعـــد . . .

فإذا كان الأصل أن القضاء – وهو مظـــهرا مـــن مظـــاهر ســـيادة الدولـــة الحديثة [1] – لايمارس إلا بواسطة الهيئات القضائية فى الدولـــة الحديثـــة –

---

(1) أنظر : عبد الباسط جميعى ، محمود محمد هاشم – المبادئ العامة للتنفيـــذ طبقـــا لقـــانون المرافعات الجديد – ١٩٧٨ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٥٥ ، أحمد أبو الوفـــا – التحكيـــم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٣ ص ١٠ ومابعدها .

والتى أنشئت خصيصا لذلك - فإن الدولة الحديثة - وبما لها من سـلطة - تستطيع أن تعترف لبعض الأفراد ، أو هيئات غير قضائية ، بسلطة الفصل فى بعض المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فيها ، وفى نطاق معين ، ومتى توافرت شروطا معينة [1] .

فحكمة تشريع نظام التحكيم تنحصر فى أن طرفى الخصومة - وبمحض إرادتيهما ، واتفاقهما - يفوضان أشخاصا - ليست لهم ولاية القضاء العام فى الدولة الحديثة - فى أن يقضوا بينهما ، أو يحسموا النزاع بحكم أوبصلح يقبلان شروطه . فرضاء طرفى الخصومة هو أساس نظام التحكيم وكما يجوز لهما الصلح دون وساطة أحد ، فإنه يجوز لهما تفويض غيرهما فى إجراء هذا الصلح ، أو فى الحكم فى النزاع [٢] .

وإذا كانت الوظيفة القضائية قد آلت إلى الدولة الحديثة ، تمارسها بواسطة عضوها القضائى ، فإن هذا العضو لايستأثر مع ذلك بممارستها [٣] فيوجد طريقان معتمدان لمباشرة الوظيفة القضائية للدولة الحديثة [٤] :

---

(١) أنظر : فتحى والى - مبادئ قانون القضاء المدنى - ط١ - ١٩٨٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٤ ص ٤٤ .

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية والتشريعات المرتبطة بها - الجزء الأول - ط٣ - ١٩٩٤ - دار أبو المجد للطباعة ، والنشر بالقاهرة - بند ١٢٥ ص ٢٢٥ ومابعدها .

(٣) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٦/٤/٢ - الطعن رقم (٣٦٩) - لسنة (٤٩) ق ، ١٩٨٣/٤/١٤ ، الطعن رقم (٩٠٨) - لسنة (٥٠) ق ، ١٩٨٥/٢/١٢ ، الطعن (٥٧٣) - لسنة (٥١) ق .

(٤) أنظر : أحمد ماهر زغلول - الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، والتشريعات المرتبطة بها - الجزء الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص -

الطريق الأول – وهو الطريق العام ، والأصلى :

بمقتضاه ، يلجأ الأفراد ، والجماعات إلى العضو القضائى للدولة الحديثة ، لكى يفصل فيما هم مختلفون فيه من مسائل .

والطريق الثانى – وهو طريقا خاصا ، واستثنائيا :

يتيح إمكانية مباشرة نفس العمل بواسطة أفراد عاديين ، لايعدون من العضو القضائى للدولة الحديثة – **وإن كانوا يباشرون وظيفته** . فنظام التحكيم هو عرض لنزاع معين بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على هيئة تحكيم من الأغيار ، تعين باختيارهم ، أو بتفويض منهم ، على ضوء شروط يحددونها ، لتفصل هذه الهيئة فى ذلك النزاع بقرار يكون نائيا من شبهة الممالأة ، مجردا من التحامل ، قطعا لدابر الخصومة فى جوانبها التى أحالها الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إليها ، بعد أن يدلى كل منهم بوجهة نظره تفصيلا ، من خلال ضمانات التقاضى الرئيسية (١) .

والطريقان المذكوران هما طريقان متوازيان ، لايمكن دمجهما من ناحية كما لايمكن إنكار وجوه التقارب بينهما من ناحية أخرى (٢) .

١٩٩١ – بند ٤ ص ١٠ ومابعدها ، أصول التنفيذ – الجزء الأول – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ص ٢٢٤ .

(١) أنظر : حكم المحكمة الدستورية العليا فى مصر – جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧ – الدعوى الدستورية رقم (١٣) – لسنة (١٥) .

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ص ٢٢٤ – الهامش رقم (٥) ، مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها ، أو النظام الخاص للمراجعة (تصحيح الأحكام وتفسيرها ، وإكمالها) – دراسات فى نظم مراجعة الأحكام – ط١ – ١٩٩٣ – بند ٤٢ ص ٧٥ ، ٧٦ ، عبد الحميد الشواربى – التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والتشريع – ١٩٩٦ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – ص ٢٠ ومابعدها .

والتجاء الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم ، للفصل في منازعاتهم " **القائمة ، والمحددة** ، أو **المحتملة** ، **وغير المحددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** " هو - **ومن حيث الأصل** - مكنة إختيارية ، يترك لارادتهم حرية ممارستها ، إلا أن النظم القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها** ، **واتجاهاتها** - قد راعت أن نظام التحكيم - **وبما يشكله من استثناء على ولاية القضاء العام في الدولة الحديثة** - قد يعهد به إلى أشخاص قد لايتسمون بالدراية ، والمعرفة القانونية الكافية لإنجاز مهمتهم التحكيمية ، فأحاطته بمجموعة من القواعد ، والقيود ، بحيث تتوقف سلامة القرارات التي يصدرونها على مراعاتها (١) .

فلم تحتكر الدولة الحديثة وحدها سلطة الفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين مواطنيها " **أفرادا** ، **وجماعات** " ، وإنما سمحت لهم بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل في منازعاتهم " **القائمة** ، **والمحددة** ، **أو المحتملة وغير المحددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** - **شرطا كان أم مشارطة** " من خلال اتفاقهم - **وإعمالا لمبدأ سلطان الإرادة** ، دون الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة - **صاحب الولاية العامة** ، **والإختصاص بالفصل في جميع منازعات الأفراد** ، **والجماعات** - **وأيا كان موضوعها**- **إلا ماستثنى بنص قانوني وضعي خاص** - وفقا للإجراءات العادية للتقاضي .

وإذا كان الأصل أن القضاء - **وهو مظهرا لسيادة الدولة الحديثة** - لايمارس إلا بواسطة الهيئات القضائية المخصصة لذلك ، فإن النظم القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها** ، **واتجاهاتها** ، **واعتدادا منها بمايشوب**

---

(١) أنظر : محمود محمد هاشم - قواعد التنفيذ الجبري ، وإجراءاته في قانون المرافعات - ط٢ - ١٩٩١ - دار الفكر العربي بالقاهرة - بند ١٠٩ ص ٢١٣ ، ٢١٤ .

إجراءات الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة من بطء ، وتعقيد وماتتطلبه من نفقات قد ترهق جمهور المتقاضين [١] - قد أجازت للأفراد والجماعات إخراج بعض المنازعات من ولاية الهيئات القضائية المخصصة للفصل فيها ، وأن يعهدوا بنظرها ، والفصل فيها إلى هيئة تحكيم ، تختار لهذا الغرض . بل إن النظم القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها - قد انتبهت إلى بساطة نظام التحكيم ، ومزاياه ، فعمدت إلى فرضه فى خصوص منازعات معينة ، حددتها بنصوص قانونية وضعية خاصة .

وقد عاد نظام التحكيم - **والذى كان يعتبر هو القاعدة فى الفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات فى المجتمعات القديمة** [٢] - يظهر من

---

(١) فى بيان الإعتبارات الداعية للعزوف عن القضاء العام فى الدولة الحديثة ، كوسيلة للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، أنظر :

HEINKOTZ REYNALD OTTENIOF : **Les conciliateurs . la conciliation . une etude comparative . preface de . ANDRE TUNC . Economica . Paris . 1983 . P. 5 , 17 .**

وانظر أيضا : محمود محمد هاشم - قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته فى قانون المرافعات - ط٢ - ١٩٩١ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ١٠٧ ص ٢١٢ ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٢٥ ص ٢٢٤ ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - ١٩٩٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٣ ، ٤ .

(٢) كان نظام التحكيم يعتبر هو القاعدة فى الفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات فى المجتمعات القديمة ، أنظر :

GLASSON (E .) , MOREL (R .) et TISSIER (A .) : Traite theorique et pratique d'Organisation judiciaire de competence et de procedure civile . Sirey . Paris . 3e ed . T . 5 . 1936 . N . 18 . P. 308 ; MOTULSKY (H .) : L' evolution recente en matiere d' arbitrage international . Rev . arb . 1959 . P. 3 et s ; IBRAHIM N . SAD : La sentence arbitrale . These . Paris . 1969 . P . 5 ; HAMID ANDALOUSSI : L'independence de l'arbitrage . L'arbitrage commercial international dans les pays Arabes .

جديد ، وإن كان ذلك فى صورة استثناء من عموم ولاية القضاء العام فى الدولة الحديثة [1] .

ففى الصورة الأولى للمجتمعات - **حيث كانت المجتمعات البدائية تخطو خطواتها الأولى فى سلم المدنية ، والحضارة** - كان نفاذ القانون الوضعى وكفالة احترامه متروكا لمشيئة الأفراد ، والجماعات ، يعتمد على قوتهم

Bulletin de la cour international d'arbitrage de la c . Mai . 1993 . P. 43 .

وانظر أيضا : **صوفى أبو طالب** - مبادئ تاريخ القانون - ١٩٦٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٦٩ ومابعدها ، **محمود السقا** - فلسفة ، وتاريخ النظم الإجتماعية ، والقانونية - ١٩٧٥ - بدون دار نشر - بند ٢٢١ ص ١٠٢ ومابعدها ، إبراهيم **أحمد إبراهيم** - التحكيم الدولى الخاص - ١٩٨٦ - بدون دار نشر - ص ٤٢ ، ٤٣ ، **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١٥ ، **عزمى عبد الفتاح** - قانون التحكيم الكويتى - ط١ - ١٩٩٠ - مطبوعات جامعة الكويت - ص ١٢ ، **محمود محمد هاشم** - قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته - ط٢ - ١٩٩١ - بند ١٠٧ ص ٢١٢ ، **محمد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٥ ومابعدها ، **على رمضان بركات** - خصومة التحكيم فى القانون المصرى ، والقانون المقارن - رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٩٦ - بند ١ ص ١ - الهامش رقم (٢) ، **أحمد ماهر زغلول** - الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات - ص ٦ ، بند ٤ ص ١٢ ، أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٢٥ ص ٢٢٤ ، **على سالم إبراهيم** - ولاية القضاء على التحكيم - رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٩٦ - ومنشورة ١٩٩٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٣ .

(١) فى استعراض الصورة الحديثة لنظام التحكيم ، أنظر :

ROBERT et MOREAU : Rep . Proc . Civ . V . Arbitrage ; E . BERTRAND : Etude exploratoire de l'arbitrage dans les principles matieres de droit prive . 1975 ; VINCENT et GUINCHARD : Procedure civile . precis Dalloz . 21 e ed . 1987 . N . 1343 et s .

الخاصة ، ويعول على وسائلهم الذاتية [١] - وهو ماكـان يعـرف بنظـام القضاء الخاص Justice privee - ولم يكـن ذلـك يسـمح باسـتقرار المجتمعات ، ولايكفل الأمن ، والعدل فيها . فلقد كان القانون الوضعى رهينـا فى يد القوة ، تحول دون تطبيقه عليها ، وتمارسه ضد الأضعف منها . وفـى وضع مثل ذلك ، يفقد القانون الوضعى كثيرا من مقوماته الفنية ، والخلقيـة . فيفقد من مقوماته الفنية صفتى العموم ، والإلزام ، بالقدر الذى تحـول فيـه القوة دون تطبيقه على أصحاب النفوذ ، والسلطان فى المجتمع . كما يتجـرد من أسانيده الخلقية ، حينما لايتحقق العدل ، ويضيع الحق فى مواجهة القـوة هذه كانت أزمة القانون الوضعى فى تلك الحقبة [٢] .

ولم يكن ممكنا تجاوز هذه الأزمة ، والتغلب عليها ، إلا بإيجاد عضو غـيرى محايد ، تكون وظيفته هى السهر على حماية القانون الوضعـى ، وضمـان

---

[١] أنظر : طه أبو الخير - حرية الدفاع - طبعة سنة ١٩٧١ - ص ١١ ، أحمد ماهر زغلـول - الدفاع المعاون - الجزء الأول - طبعة سنة ١٩٨٦ - بند ١ ومايليه - الموجـز فى أصـول ، وقواعـد المرافعات - الكتاب الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص - بند ٢ ص ٥ ، ٦ .

[٢] أنظر : أحمد ماهر زغلول - الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات - الكتاب الأول - التنظيـم القضائى ، ونظرية الإختصاص - بند ٢ ص ٦ .

تطبيقه فى الواقع العملى [١] ، ويكون فى الوقت ذاته مزودا بالسلطة التـــى تكفل فرض سريانه ، ونفاذه فى مواجهة المجتمع [٢] .

فضرورة وجود هذا العضو تمثل ضرورة وجود القــانون الوضعــى ذاتــه باعتبارها ضرورة متممة له ، لايستقيم ، ولاتتكامل مقوماتــه بدونــها [٣] . فلايقدر لمبدأ المشروعية قيام ، واستقرار ، إذا لم يوجد إلى جانبه قضاء حــر ومستقر ، يحميه من الإعتداء ، ويدفع عنه الطغيان [٤] .

وفى البداية ظــهر هــذا العضــو فــى اطــار مايســمى بنظــام التحكيــم **L'arbitrage** ، والذى كان اختياريا [٥] ، ثم صار إجباريا فــى مرحلــة

---

[١] فى ارتباط مبدأ نفاذ القانون الوضعى ، وسيادته بوجود قضاء يضمن هذا النفاذ ، أنظــر : **محمــد عصفور** – سيادة القانون – ص ٣ ، ص ٩١ ومابعدها ، ص ١٩٨ ، ص ٢٢٧ ومابعدها ، الحريــة فى الفكرين الديمقراطى ، والإشتراكى – طبعة سنة ١٩٦١ – ص ٣٠٦ ومابعدها ، **عبد الحميد متــولى** – الوسيط – طبعة سنة ١٩٥٦ – ص ٢٩٦ ومابعدها ، **فتحى عبد الكريم** – السيادة ، والدولة فى الفقــه الإسلامى – دراسة مقارنة – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – ص ٢٦ ومابعدها .

[٢] أنظر : **أحمد ماهر زغلول** – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات – الكتاب الأول – التنظيــم القضائى ، ونظرية الإختصاص – بند ٢ ص ٦ .

[٣] أنظر : **أحمد ماهر زغلول** – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات – الكتاب الأول – التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص – بند ٢ ص ٦ .

[٤] أنظر : **عبد الرزاق أحمد السنهورى** – مخالفة التشريع للدستور ، والإنحــراف فى اســتعمال السلطة التشريعية – مقالة منشورة بمجلة مجلس الدولة المصرى – السنة الثالثة – ص ٢ .

[٥] فى دراسة نشأة نظام التحكيم ، وتطوره ، أنظر : **عاطف محمد راشد الفقى** – التحكيــم فى المنازعات البحرية – رسالة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة المنوفيــة –

لاحقة [١] ، [٢] وبمقتضى هذا النظام ، يلجأ الأطـــراف ذوو الشـــأن إلـــى شخص ثالث " محكم " L'arbitre ، من الغير ، يكون محايدا ، ومجــردا من المصلحة ، بشأن المنازعات المعروضة عليـــه ، ليفصـــل فيمـــاهم فيـــه مختلفون .

ولم يكن نظام التحكيم - **وبالصورة التى كان عليـــها فـــى المجتمعـــات القديمة** - ليستمر بعد أن انتظمت المجتمعات فى هيئة دول .

فلقد صار القضاء من واجبات الدولة الحديثة ، وإحدى وظائفـــها الأساســـية وهو فى الوقت ذاته مظهرا لسيادتها . ولم يعد يتفق مـــع ذلـــك أن يمـــارس

١٩٩٦ - ص ١ ومابعدها ، محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمـــين - ص ٥ ومابعدها .

[١] فى بيان الصور الحديثة لنظام التحكيم ، وازدهاره فى فترة مابين الحربين العالميتين الأولى ، والثانيـــة ، أنظر :

ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : Rep . Proc . Civ . 2e ed . T. 1 . V . Arbitrage ; **BERNARD (E .)** : Etude exploratoire de l'arbitrage dans les principales matieres de droit prive . ed . 1975 ; **CARABIBER** : Les developpement de l'arbitrage sous les suspices de grandes centres d'arbitrage . Dr . Sos . 1956 . 457 ; **JARROSSON** : La notion d'arbitrage . These . Paris 11 . 1985 . L . G . J . D . Paris . 1987 . preface **OPPETIT** ; **EL . GOHARY MOHAMED** : Arbitrage et les contrats commerciaux internaux a long term . These . Renne 1. 1982 . P. 253 et s .

[٢] فنظام التحكيم - وكما لاحظ البعض - فى التشريع الحديث أثرا من آثـــار القضـــاء الخـــاص فى المجتمعات البدائية ، أنظر: رمزى سيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجاريـــة - ص ٦٣ ، صوفى أبو طالب - مبادئ تاريخ القانون - ط١ - ١٩٥٧ - دار النهضة العربية بالقـــاهرة - ص ٧٩ ، حسنى المصرى - شرط التحكيم - مقالة مقدمة فى مؤتمر التحكيم فى القـــانون الداخلـــى ، والقانون الدولى - العريش فى الفترة من (٢٠) إلى (٢٥) سبتمبر ١٩٨٧ - المطبعة العربية الحديثـــة - ١٩٨٨ - بند ٤٧ ص ١٤٧ .

القضاء غير أعضاء الدولة الحديثــــة **Organes etatiques** ، والذيــن تعينهم لهذا الغرض ، وتزودهم بالسلطة ، والصفة الازمتين لذلــك . وهكــذا انتهى الأمر إلى حلول القضاء العام فى الدولة محل القضاء الخاص وقضـاء التحكيم .

وقد يكون الإتفاق على التحكيم سابقا ، أو لاحقا لنشأة النزاع موضوعه بيــن الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . فإذا كان سابقا علــى نشأة النزاع موضوعه بين الأطراف المحتكميــن " **أطــراف الإتفــاق علــى التحكيم** " ، فإنه يرد فى صورة شرط فى عقد معين . بمقتضاه ، يتفقون علـى أن مايمكن أن ينشأ عن تفسيره ، أو تنفذه من منازعات ، يتم الفصل فيها عـن طريق نظام التحكيم ، ويطلق عليــه عندئــذ : **شــرط التحكيــم Clause compromissoire** .

أما إذا كان لاحقا لنشأة النزاع موضوعه بين الأطراف المحتكمين " **أطــراف الإتفاق على التحكيم** " ، فإنه يأخذ صورة عقد يتفقون فيه على عرض النزاع القائم ، والمحدد على هيئة تحكيم ، للفصل فيه ، بــدلا مــن الإلأتجــاء إلأى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فــى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات – **وأيا كــان موضوعــها** – إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص . ويطلق عليــه عندئــذ : **مشــارطة التحكيم Compromis** .

مزايا نظام التحكيم [١] .

نظام التحكيم - **كطريق للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات** - ليس بظاهرة جديدة مستقلة بجذورها عن الماضى السحيق [٢] ، [٣] ، [٤] ، [٥] ، [٦] ، [٧] ، [٨] ، [٩] ، وإنما هو تطبيقا

---

(١) فى بيان مزايا نظام التحكيم ، أنظر :

FOUSTOUCOS : **L'arbitrage interne et international en droit prive Hellenique . Litec . Paris . 1976 . N . 2 . P . 3 , 4 ; R . DAVID : L'arbitrage dans le commerce international . Economica . 1981 . N . 19 . P . 28 .**

وانظر أيضا : **محسن شفيق** - التحكيم التجارى الدولى - دروس ألقيت على طلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٧٣ - بند ٢١ ومايليه ص ١٧ ومابعدها ، **وجدى راغب فهمى** - نظام التحكيم فى قانون المرافعات الكويتى - بحث برنامج الدورات التدريبية بكلية الحقوق - جامعة الكويت - ١٩٩٣ - ص ٢ ، ٣ ، **محمود محمد هاشم** - قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته - بند ١٠٧ ص ٢١٢ ، **أحمد محمد مليجى موسى** - التنفيذ وفقا لنصوص قانون المرافعات ، معلقا عليها بآراء الفقه ، وأحكام النقض - ١٩٩٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١٧٥ ص ٢٠٧ ، **مختار أحمد بريرى** - التحكيم التجارى الدولى - دراسة خاصة للقانون المصرى الجديد بشأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٤ ومايليه ص ٨ ومابعدها ، **عبد الحميد الشواربى** - التحكيم ، والتصالح - ص ٢٧ ومابعدها ، **هشام على صادق** - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - ١٩٩٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ١٢٥ ص ١٥١ ومابعدها ، **أحمد ماهر زغلول** - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٣٥ ، **على بركات** - خصومة التحكيم فى القانون المصرى ، والقانون المقارن - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٩٦ - ومنشورة سنة ١٩٩٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة ، **على سالم إبراهيم** - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٣ ، ٤ .

(٢) فى اعتقاد جانب من فقه القانون الوضعى المقارن بأن نظام التحكيم قد ظهر فى اليونان القديمة مابين القرنين السادس ، والرابع قبل الميلاد ، وأنه قدصدرت العديد من أحكام التحكيم فى القرن السادس قبل الميلاد ، أنظر :

FOUSTUCOS : **L'arbitrage interne et internationale . Droit prive helenique liter . 1976 . preface B . GOLDMAN . N.2 .**

وانظر أيضا : **محمد نور عبد الهادى شحاتة** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٦ .

(٣) عرف نظام التحكيم – كطريق للفصل في المنازعات بين الأفراد ، والجماعات – في مصر القديمة ، وبابل ، وآشور ، أنظر: إبراهيم العنانى – العلاقات الدولية – جامعة عين شمس – ١٩٨٥ – دار الفكر العربي – ص ١٧٦ ، صوفى أبو طالب – تاريخ النظم القانونية ، والإجتماعية – ١٩٨٦ – دار النهضة العربية – ص ٢٠٣ ، عبد الحسين القطيفي – دور التحكيم في فض المنازعات الدولية – المقالة المشار إليها – ص ٣٢ ومابعدها .

(٤) عرف نظام التحكيم لدى قدماء الإغريق ، في المنازعات بين دويلات المدن اليونانية . كما عرف قدماء الإغريق كذلك معاهدات التحكيم الدائمة ، بالإضافة إلى حالات التحكيم المنفردة ، أنظر : عبد المحسن القطيفي – دور التحكيم في فض المنازعات الدولية – ص ٣٢ ومابعدها ، إبراهيم العناني – اللجوء إلى التحكيم الدولى – ط١– ١٩٧٣ – دار الفكر العربي بالقاهرة – ص ١٢ ، فخري أبو يوسف مبروك – مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة – مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة عين شمس – السنة السادسة – العدد الأول – يناير – سنة ١٩٧٤ – ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

(٥) في بيان ملامح نظام التحكيم في روما منذ أقدم العهود – سواء في عصر الإمبراطورية القديمة ، أو في عصر الإمبراطورية السفلى – وبصفة خاصة ، في العقود الرضائية ، أنظر :

MONIER : **Manuel elementaire de Droit Romain montchrestien . 1947 . T. 1 . N. 150 ; CHARLES JARRASSON : La notion d'arbitrage . Paris . 1987 . Bibliotheque du Droit prive . N. 1 et s , et N. 750 et s .**

وانظر أيضا : محمود السقا – تاريخ القانون المصرى – ط١ – ١٩٧٠ – مكتبة القاهرة العربية – ص ٢٥٤ ، ٢٧٠ ، محسن شفيق – التحكيم التجارى الدولي – دراسة في قانون التجارة الدولية – دروس ألقيت على طلبة دبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٧٣ – ص ص ٣٧ – ٣٩ ، أبو زيد رضوان – الأسس العامة في التحكيم التجارى الدولي – ص ٤ ، عبد القادر الطورة – قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية – بند ٣٠ ص ٥٥ ، محمد نور عبد الهادى شحاتة – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٦ ومابعدها .

(٦) التحكيم ليس فقط نظاما إغريقيا رومانيا ، وإنما نظاما عرفه كل من المصريين القدماء ، والآشوريين ، والبابليين ، والعرب قبل الإسلام . أنظر : عبد الحسين القطيفي – التحكيم في المنازعات الدولية – بغداد – العدد الأول – ١٩٦٩ – ص ٣٢١ ، محمود السقا – تاريخ القانون المصرى – طبعة سنة

١٩٧٠ – ص ص ٢٥٤ – ٣٧٠ ، فؤاد عبد المنعم – حكم الإسلام فى القضاء الشعبى – طبعة سنة ١٩٧٣ – ص ١٨ ، محمد نور عبد الهادى شحاتة – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٨ ، ٩ .

(٧) يكون التجاء الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة – صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات – وأيا كان موضوعها – إلا ما استثنى بنص قانونى وضعى خاص – فى الشريعة الإسلامية الغراء جائزا بالقرآن الكريم ، والسنة النبوية المطهرة ، وإجماع الأئمة رضوان الله عليهم . فى دراسة التحكيم فى الشريعة الإسلامية " بيان صوره ، وطبيعته " ، أنظر : إسماعيل أحمد محمد الأسطل – التحكيم فى الشريعة الإسلامية – رسالة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٨٨ ، على على منصور – الشريعة الإسلامية ، والقانون الدولى العام – ط١ – ١٩٦٢ – ص ٢١١ ، محمد نور عبد الهادى شحاتة – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٩ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى – التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع – ١٩٩٦ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – ص ١١

(٨) عرف نظام التحكيم قبل الإسلام – عند العرب ، وغير العرب – إذ يعتبر نظام التحكيم مرحلة راقية وصلت إليها الجماعات البشرية ، بعد أن كان الإلتجاء إلى الإنتقام الفردى سائدا ، والإحتكام إلى القوة مبدأ . فيعتبر نظام التحكيم أعلى مراحل التطور الذى وصلت إليه الجماعات البشرية ، وقد استقرت فكرة التحكيم فى أذهان الناس ، وألفوا الإلتجاء إليه ، حتى أصبحت عادة أصيلة فى نفوسهم . ومع ذلك ، كان الإلتجاء إلى التحكيم إختياريا ، وتنفيذ حكم التحكيم الصادر متروكا أمره للمتنازعين : ، صوفى أبو طالب – مبادئ تاريخ القانون – ط١ – ١٩٥٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٧٩

(٩) عرف نظام التحكيم قبل الإسلام ، إذ كان يتولى شيخ القبيلة الفصل فى المنازعات التى تدور بين أفراد قبيلته . أما المنازعات التى كانت تدور بين قبيلتين ، أو أكثر ، فكان يتولى مهمة التحكيم فيها شيخ قبيلة أخرى محايدة . وقد احتكم شيوخ العرب إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قبل بعثته بمكة ، عندما أراد كل منهم وضع الحجر الأسود فى مكانه ، عند إعادة بناء الكعبة . فى معرفة نظام التحكيم عند العرب قبل الإسلام ، أنظر : محمود سلام زناتى – التحكيم عند العرب – مقالة مقدمة فى مؤتمر التحكيم بالعريش – ص ١٣ ومابعدها .

عرف نظام التحكيم عند غير العرب ، أنظر : أبو اليزيد على المتيت - الأصول العلمية ، والعملية لإجراءات التقاضى - ط٢- ١٩٨٦ - المكتب الجامعى الحديث بالقاهرة - ص ٢٤٣ ومابعدها .

وفى بيان قواعد الإلتجاء إلى التحكيم فى العصور الوسطى . وخاصة ، فى المعارض ، أنظر :

GOUBEAU DE LA BILENNERIE : **Traite generale de l'arbitrage . Paris . . P. 17 ; JEANCLOS : L'arbitrage en Bourgogne et en champagne du XII AU XV siecle . Dijon . 1977 .**

وانظر أيضا : **محمد ، وعبد الوهاب العشماوى** - قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن - الجزء الأول - ١٩٥٧ - مطبعة الآداب بالقاهرة - بند ١١ ص ١٢ ، **حسنى المصرى** - شرط التحكيم - مقالة مقدمة فى ندوة التحكيم بالقاهرة - ١٩٨٩ - ص ١٤٧ .

والتحكيم ليس فقط نظاما إغريقيا رومانيا ، وإنما نظاما عرفه كل من المصريين القدماء ، والآشوريين ، والبابليين ، والعرب قبل الإسلام . أنظر : **عبد الحسين القطيفى** - التحكيم فى المنازعات الدولية - بغداد - العدد الأول - ١٩٦٩ - ص ٣٢١ ، **محمود السقا** - تاريخ القانون المصرى - طبعة سنة ١٩٧٠ - ص ص ٢٥٤ - ٣٧٠ ، **فؤاد عبد المنعم** - حكم الإسلام فى القضاء الشعبى - طبعة سنة ١٩٧٣ - ص ١٨ ، **محمد نور عبد الهادى شحاتة** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٨ ، ٩ .

ويكون التجاء الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة - صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعها - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص - فى الشريعة الإسلامية الغراء جائزا بالقرآن الكريم ، والسنة النبوية المطهرة ، وإجماع الأئمة رضوان الله عليهم . فى دراسة التحكيم فى الشريعة الإسلامية " بيان صوره ، وطبيعته " ، أنظر : **إسماعيل أحمد محمد الأسطل** - التحكيم فى الشريعة الإسلامية - رسالة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٨٨ ، على على منصور - الشريعة الإسلامية ، والقانون الدولى العام - ط١ - ١٩٦٢ - ص ٢١١ ، **محمد نور عبد الهادى شحاتة** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٩ ومابعدها ، **عبد الحميد الشواربى** - التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - ص ١١

لفكرة التحكيم فى المجتمعات القديمة ، وامتدادا للتحكيم التجارى الدولى فـــى العصور الوسطى (١) .

ذلك أنه كان من شأن زيادة معدل التجارة ، واتساع سوقها ، نتيجـــة لزيـــادة وسهولة المواصلات عبر الحدود ، وعـــدم ملاءمـــة التنظيمـــات القضائيـــة والقوانين الوضعية ، للفصل فيماينشأ عنها من منازعات ، أن انتشر التحكيـــم كبديل للقضاء العام فى الدولة ، لما يتميز به من تحرر الأطراف المحتكميـــن " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من القيود التى تفرضـــها النظـــم القانونيـــة الوضعية لمختلف الدول ، ذات الإتجاهات ، والمذاهب المختلفة .

---

(١) فى بيان قواعد الإلتجاء إلى التحكيم فى العصور الوسطى . وخاصة ، فى المعارض ، أنظر :

GOUBEAU DE LA BILENNERIE : Traite generale de l'arbitrage . Paris . . P. 17 ; **JEANCLOS** : L'arbitrage en Bourgogne et en champagne du XII AU XV siecle . Dijon . 1977 .

وانظر أيضا : محمد ، وعبد الوهاب العشماوى – قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقـارن – الجزء الأول – ١٩٥٧ – مطبعة الآداب بالقاهرة – بند ١١ ص ١٢ ، حســنى المصــرى – شــرط التحكيم – مقالة مقدمة فى ندوة التحكيم بالقاهرة – ١٩٨٩ – ص ١٤٧ .

فالتحكيم إجراءاته مبسطة ، ولاتماثل الإجراءات القضائية العادية ، ويبعد عن الشكلية ، ولكن التبسيط لايصح أن يكون على حساب ضمانات التقاضي الأساسية . **وأهمها** : تمكين الخصوم في التحكيم من إبداء وجهة نظرهم ودفاعهم ، ودفوعهم بشكل كاف . فيجب على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - وإن أعفتهم النظم القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - من التقيد بإجراءات التقاضي العادية - ضرورة مراعاة الضمانات الأساسية للتقاضي . خاصة ، **ماتعلق منها** بمبدأ حرية الدفاع ، والمواجهة بين الخصوم في إجراءات التحكيم . فضلا عن مراعاة القواعد الأخرى الخاصة بنظام التحكيم - **والمقررة قانونا** [١] .

وتخلص نظام التحكيم من الشكليات القضائية ، **هو الذي ترجع إليه معظم مزاياه** - سواء على الصعيد الدولي ، أم على الصعيد الداخلي .

والتحكيم - **كطريق للفصل في المنازعات بين الأفراد ، والجماعات** - يوفر الوقت ، حيث يتفادى أطراف العلاقات الخاصة من خلاله تعدد درجات التقاضي ، وبطء الفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - عن طريق القضاء العام في الدولة الحديثة ، والذي **لايفصل فيه إلا إذا** جاء دوره ، وبعد أن ينال من التأجيلات مالا يتسع معه صدور الخصوم أصحاب الشأن ، وما لايتفق مع مصلحتهم في كثير من الأحيان [٢] .

---

[١] أنظر : **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - ١٩٩٠ - دار الفكر العربي بالقاهرة - بند ٨٩ ومايليه ، قواعد التنفيذ الجبري ، وإجراءاته - بند ١٠٧ ص ٢١٢ .

[٢] أنظر : **محمد عبد الخالق عمر** - النظام القضائي المدني - الجزء الأول - ط١ - ١٩٧٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٩٧ .

ولهذ ، فإن نظام التحكيم يحظى فى مجال المعاملات التجارية . وخاصة الدولية منها بسمعة كبيرة ، بعد أن أصبح من غير الميسور على القضاء العام فى الدولة أن يفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات فى وقت قصير ، وبعد أن تعقدت شئؤن الحياة ، وزادت مشاكلها ، حيث يلجأ أطراف العقود التجارية إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها – **وفى مدة قصيرة ، تجعلهم يتفرغون لتجارتهم ، بدلا من إضاعة الوقت أمام القضاء العام فى الدولة الحديثة ، لمدد قد تصل فى بعض الأحيان إلى عدة سنوات** [١] .

فقد يطول نظام التقاضى داخل الدولة بشكل لاتحتمله طبيعة التجارة ، والتى تحسب حسابا لثمن الساعة ، والدقيقة ، والثانية . فالدعوى أمام القضاء العام فى الدولة الحديثة تمر بمراحل متتالية ، بين المحكمة الإبتدائية ، والمحكمة الإستئنافية ، ومحكمة النقض ، وربما استخدمت إشكالات التنفيذ ، كوسيلة لتعطيل تنفيذ أحكام القضاء العام فى الدولة الحديثة [٢] .

وعلى العكس من ذلك ، فإن نظام التحكيم يمر عادة بدرجة واحدة من هذه الدرجات ، هى العرض على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [٣] .

---

[١] وإن كانت ميزة نظام التحكيم فى توفير الوقت قد لاتتوافر فى بعض الأحيان ، لأن قضايا التحكيم قد يطول فى بعض الأحيان نظرها إلى بضع سنوات .

[٢] أنظر : عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – ط٢ – ١٩٢٣ – مطبعة الإعتماد بالقاهرة – ص ١١٨ ، أحمد حسنى – عقود إيجار السفن – ١٩٨٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٢٦٥ .

[٣] وتشترط غرفة التجارة الدولية بباريس على الطرفين أن يتنازلا مقدما عن كل طريق للطعن فى حكم التحكيم ، يمكنهم التنازل عنه مقدما ، أنظر : محيى الدين إسماعيل علم الدين – منصة التحكيم

وقد لاتتوافق الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - مع متطلبات المعاملات التجارية . وخاصة ، الدولية منها حيث أن طبيعة هذه المعاملات التجارية تتطلب الفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - **والتى يمكن أن تنشأ بمناسبتها** - فى سرية ، أو بأقل قدر ممكن من العلانية ، والنشر ، حيث أن هذه السرية تعد فى الواقع إحدى الضمانات الهامة للشركات المتنازعة ، ذات السمعة العالمية ، والشهرة الكبيرة ، حيث تعتمد فى معاملاتها أساسا على الثقة فيها ، والبعد عن المشاكل . والإعلان ، والنشر الازمين لأحكام القضاء العام فى الدولة الحديثة يكونان بمثابة أضرار بالغة فى مجال المعاملات التجارية . وخاصة ، الدولية منها ، حيث تكون قيمة العقود المتعلقة بها كبيرة جدا ، ويتعذر إخفاء نوع المعاملة بين الأطراف ذوى الشأن ، وحجم النزاع ، ومقدار الأموال التى يتعلق بها .

فيحقق نظام التحكيم للمعاملات التجارية . وخاصة ، الدولية منها مزايا السرية ، حيث تكون جلساته سرية ، ويتفادى بذلك العلانية التى تتسم بها أحكام القضاء العام فى الدولة الحديثة [1] . فلا تجد مايتم خلال جلسات التحكيم من مناقشات ، وأوجه دفاع سبيلا إلى النشر ، والعلانية ، مالم يرغب أطراف التحكيم ذلك ، محافظة منهم على أسرارهم ، والتى قد يكون لهم مصلحة فى عدم إذاعتها . إذ لاتوجب النظم القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - أن تكون جلسات هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - أو حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم علنية . بعكس الحال بالنسبة لجلسات القضاء العام فى الدولة الحديثة ، وأحكامه

---

(١) أنظر : فتحى والى - مبادئ قانون القضاء المدنى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٢ ص ٤١ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ٩٧ .

القضائية ، الصادرة فى الدعاوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها بين الأفراد ، والجماعات ، إذ الأصل فيها العلانية .

فالتحكيم - **كطريق للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات** - يسمح بأن يحتفظ بالأسرار العائلية ، وأسرار الأعمال ، حيث يحفظ أسرار الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فلا يضطلع عليها سوى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمحامون المدافعون عنهم ، وهؤلاء يلتزمون بالمحافظة على أسرار المهنة ، فلا يمكن لهم أن يذيعوا موضوع **النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه ، وتفاصيله** . ولذلك تحرص الأطراف المتعاقدة فى المسائل التجارية على تشكيل هيئة تحكيم خاصة بهم ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان أم مشارطة** - أو على الإلتجاء إلى مراكز التحكيم المتخصصة ، والمنتشرة فى جميع أنحاء العالم - **كغرفة التجارة الدولية بباريس ، أو محكمة تحكيم لندن ، وغيرها من المراكز المتخصصة** - لتشكيل هيئة تحكيم ، تتولى الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بصفة سرية ، وعند نشر المبادئ القانونية الخاصة بحكم التحكيم الصادر عندئذ فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، يراعى الإقتصار على ذكر المبادئ القانونية التى يثيرها النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، دون ذكر أسماء الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو قد تنشر أسماؤهم ، إذا أذنوا هم فى ذلك [1] .

---

[1] فى بيان دور نظام التحكيم فى الحفاظ على سمعة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، وأسرار معاملاتهم ، أنظر : وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - مقالة ألقيت فى الدورة التدريبية للتحكيم - جامعة الكويت - كلية الحقوق - ١٩٩٢/ ١٩٩٣- ص ٤ ومابعدها .

ونظام التحكيم يتيح للأطـــراف المحتكميـــن " **أطـــراف الإتفـــاق علـــى التحكيم** " إنتقاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـى التحكيم ممن لديهم الخبرة الكافية ، والتكوين المهنى ، والتخصص فى الفصـل فى نوع معيـــن مـــن المنازعـــات التـــى يمكـــن أن تنشـــأ بيـــن الأفـــراد والجماعات [١] . حيث تكون هيئة التحكيم المكلفـــة بـــالفصل فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **وفى الغالب من الأحوال** – متخصصة فـــى المنازعات التى يطلب منها الفصل فيها ، ولديها من الخبرة الفنيـــة مايمكنـــها من ذلك ، دون حاجة إلى انتداب الخبراء ، كما يحدث عـــادة أمـــام جـــهات القضاء العام فى الدولة الحديثة – **وذلك إذا عرضت مســـألة فنيـــة لايمكـــن للقاضى أن يبدى رأيه فيها** [٢] .

فالأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " يمكنهم أن يراعوا عنـد اختيار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم درجة التخصص المطلوبة فى موضوع النزاع ، وهذه ميزة قد لاتتوافر فـــى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، حيث ينظر القاضى العام فيها – **كقـــاعدة** – كل أنواع المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعـــات ، دون أن يكون متخصصا فى نوع معين منها . وبذلك ، يمكن عن طريق نظام التحكيم تفادى مايوجه إلى نظام القضاء العام فى الدولة الحديثة من عدم التخصـــص فى نوع معين من المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعـــات أو اعتمادهم بصفة مطلقة على ماينتهى إليه رأى الخبير المنتدب فى الدعـوى القضائية المعروضة عليهم ، للفصل فيها ، دون مناقشة ، أو تعديل . ولعـــل هذا مادفع ببعض الدول الحديثة إلى تشكيل المحاكم القضائية فى المنازعـــات

---

[١] أنظر : فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – ص ١٩٨ .

[٢] أنظر : أحمد حسنى – عقود إيجار السفن – بند ٢٧٤ ص ٢٦٦ .

التجارية التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات من التجار ، كما حدث بالنسبة لفرنسا [١] .

ونظام التحكيم هو الوسيلة المثلى للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات فى العلاقات الدولية الخاصة . خصوصا ، مع نمو العلاقات التجارية الدولية [٢] ، وزيادة عدد المشروعات ، والشركات الدولية ، لأنه بعرضها هيئة تحكيم خاصة محايدة ، لاتنتمى بوجه خاص لجنسية معينة ، للفصل فيه ، يبعث على الثقة فيها ، وفى أحكام التحكيم التى تصدرها فيما يعرض عليها من منازعات بين الأفراد ، والجماعات [٣] . وتدل التجربة على أن قبول ، وتنفيذ أحكام التحكيم من جانب الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أيسر من قبولهم ، وتنفيذهم لأحكام القضاء العام فى الدولة الحديثة ، نظرا لما تتمتع به أحكام التحكيم من ثقة فى مجال المعاملات الوطنية ، والدولية على حد سواء [٤] .

---

[١] أنظر : محيى الدين إسماعيل علم الدين - منصة التحكيم التجارى الدولى - القاعدة رقم (١) - ص ٩ .

[٢] التجارة الدولية هى : نشاط يتعلق بالتداول الحر للثروات ، وعمليات الإنتاج ، بين حدود أكثر من دولة ، وقد ارتبط هذا النشاط إبتداء بالمبادرات الفردية للأشخاص ، ثم اعتمد فى الوقت الحاضر على قوة استغلال رأس المال الخاص الذى تحكمه قواعد المنفعة ، وتحقيق الربح ، أنظر : سلامة فارس عزب - دروس فى قانون التجارة الدولية " ماهيته ، مصادره ، دوافع وجوده ، ومنظماته " - ٢٠٠٠ - بدون دار نشر - ص ٥ .

[٣] أنظر : أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - رسالة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٩٠ - ص ٧ ومابعدها .

[٤] أنظر : أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٧٩ - ص ١٨٣ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ٩٨ .

ويكاد يجمع فقه القانون الوضعى على أن غالبية منازعات عقود التجـارة الدولية يتم الفصل فيها عن طريق الإلتجاء إلى نظام التحكيم [١] . فـهيئات التحكيم الدولية تعد فى الغالب هى القاضى الطبيعى للفصل فـى المنازعـات بين الأفراد ، والجماعات ، والتى يمكن أن تنشأ فى نطـاق عقـود التجـارة الدولية . لذلك ، كان طبيعيا أن يضع أنصار قانون التجارة الدولية أحكـام التحكيم على رأس مصادر قانون التجارة الدولية [٢] .

فيسعى **قضاء التحكيم** دائما - **فى رأى البعض** [٣] - إلى إيجاد الحلول الذاتية التى تلاءم معاملات ، وعقود التجارة الدولية ، عن طريـق إرسـاء بعـض العادات ، أو القواعد التى لانظير لها فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - فهو يعطى فقوة للعادات المتبعة فى الأوساط المهنية ، ويساعد على تحديد مضمونها . بل ، ويساهم فـى خلـق عـادات جديدة ، عن **طريق تكرار** الحلول التى يعتمدها للمشاكل التى تصادف إبـرام العقود الدولية ، بحيث يصير القانون الموضوعى للتجارة الدوليـة - **ومـع مرور الزمن** - مستوحى - **وفى معظمه** - من السوابق التحكيميـة ، التـى تتبلور فيه القواعد الملائمة لحل مشاكل تلك العقود [٤] .

ولايخفى مايؤدى إليه نظام التحكيم من المحافظة على حسـن العلاقـات بين الأفراد ، والجماعات . ذلك أن الأطراف المحتكمين " **أطـراف الإتفـاق على التحكيم** " وباتفاقهم على اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتـهم -

---

(١) أنظر : سلامة فارس عزب - دروس فى قانون التجارة الدولية - ص ٩٠ .

(٢) أنظر : سلامة فارس عزب - الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر : سلامة فارس عزب - دروس فى قانون التجارة الدولية - ص ٩٠ ، ٩١ .

(٤) فى اعتبار التحكيم الدولى مصدرا من مصادر قانون التجارة الدولية ، أنظر : سلامة فارس عـزب - دروس فى قانون التجارة الدولية - ص ٩٠ ومابعدها .

القائمة ، والمحددة ، أو المحتملة ، وغير المحددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات " وأيا كان موضوعها " إلا ماأستثنى بنص قانونى وضعى خاص - إنما يمنحون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - وفى بعض الأحيان ، وحسب مقاصدهم - إمكانية القيام بدور الوسيط ، أو الموفق ، وهو - أى نظام التحكيم - من هذه الوجهة ، يكون قريبا من نظام الصلح ، أو نظام التوفيق [1] ، مما يحافظ على حسن العلاقات بينهم ، فهو ليس طريقا هجوميا ، وإنما هو أقرب إلى التفاهم بينهم [2] ، فهم يتفقون على عرض موقفهم على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وبعد الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، تستمر العلاقات غالبا بينهم على الأساس الذى قدرته هيئة التحكيم . وعلى العكس من ذلك ، فإنه وعند عرض المنازعات بين الأفراد ، والجماعات على القضاء العام فى الدولة الحديثة ، للفصل فيها ، قد تستخدم بعض أساليب الكيد بين الأطراف المتنازعة ، وتنتهى المسألة إلى حد الاعودة للعلاقات بينهما . ولذلك ، يقول البعض إن الأطراف المتنازعة تتوجه إلى ساحات القضاء العام فى الدولة الحديثة وهم ينظرون إلى الوراء . بينما يتوجهون إلى نظام التحكيم وهم ينظرون إلى الأمام [3] .

---

(١) أنظر :

MOTULSKY (H .) : Ecrits . etudes et notes sur l'arbitrage . Dalloz . 1974 . Paris . P . 29 et s .

(٢) أنظر : محيى الدين إسماعيل علم الدين - منصة التحكيم التجارى الدولى - القاعدة رقم (١) - ص ٨ .

وعادة ما يكون نظام التحكيم قليل النفقات [١] ، والإلتجاء إليه للفصل فـى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات يعد استثناء روعى فيه تحقيـق الرغبـة فى تجنب كثير من النفقات ، والتى يتكبدونها عند التجائهم إلى القضاء العـام فى الدولة الحديثة ، للفصل فى منازعاتهم [٢] . فنظـام التحكيـم لايتطلـب رسوما ، أو أتعاب محامين ، كما فى إجراءات التقاضى أمام القضـاء العـام فى الدولة المعروضة عليه ، للفصل فيها ، وفى كل درجة تؤدى مصـاريف ورسوم ، وأتعاب محاماة ، وغير ذلك من النفقات . فضلا عن طول الإنتظار ومايصحبه من تدهور قيمة النقود .

وهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم قد تعفى من الإلتزام بتطبيق قواعد القانون الوضعـى ، والحكـم بمقتضـى قواعدالعدالة ، مما يمنحها حرية أكثر من القاضى العام فى الدولـة الحديثـة عند تحديده للقانون الوضعى على موضوع النزاع المعروض عليه ، للفصـل فيه ، وعلى إجراءات التحكيم ، فلا تتقيد إلا بالضمانات الأساسية للتقـاضى ، وبالقواعد الآمرة فى الدولة التى يجرى فيها التحكيم عادة .

---

[٣] أنظر : محيى الدين إسماعيل علم الدين – منصة التحكيم التجارى الدولى – القاعدة رقم (١) – ص ٩

[١] أنظر : عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفـظ فى المـواد المدنيـة ، والتجاريـة – ص ٩١٨ .

[٢] أنظر : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد – التنفيذ علما ، وعملا – ط٢ – ١٩٢٧ – مطبعـة كلية الآداب بالقاهرة – بند ٩٤١ ص ٧٣٠ ، ٧٣١ ، محمد ، وعبد الوهاب العشماوى – قواعـد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن – ١٩٥٧ – مكتبة الآداب بالقاهرة – بنـد ٢٣٦ ص ٢٩٠ ، محيى الدين إسماعيل علم الدين – منصة التحكيم التجارى الدولى – القاعدة رقـم (١) – ص ٨ ، أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية – ط٤ – ١٩٩٧ – بنـد ١٢٥ ص ٢٢٤ .

وإذا لم يقيد الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بقواعد قانون وضعى معين ، تطبقه على موضوع النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، فإنه يمكنها أن تختار القانون الوضعى الذى تراه ملائما فى هذا الشأن لكى يحكم موضوع النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، واجراءات التحكيم . بل ولقد وصل الأمر - **وفى بعض الأحيان** - إلى تطبيق قواعد وأعراف التجارة الدولية - **والتى لاتخص دولة معينة** - والتى تسير عليها المعاملات الدولية ، دون أن تكون لها صفة إلزامية .

وفى بعض الأحيان تطبق هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قواعد العدالة ، ومايستوجبه ضميرها ، دون أن يكون منصوصا عليها فى قانون وضعى معين ، ينتمى لدولة معينة .

وهكذا ، فنظام التحكيم يوفر للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " مزاياه المؤكدة ، والتى تعجز محاكم القضاء العام فى الدولة عن توفيرها لهم ، مع عدم إهماله للضمانات ، واعتبارات الأمن المرعية من تلك المحاكم (١) .

وبالرغم من ذلك ، فقد عيب على نظام التحكيم أنه يؤدى إلى حرمان الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من الضمانات التى يحاط بها عمل القاضى العام فى الدولة الحديثة ، وقلة خبرة هيئة التحكيم

---

(١) فى بيان المزايا الأخرى للتحكيم ، أنظر :

DAVID (R .) : Arbitrage du XII et arbitrage du XX siecle . Melanges offerts a SAVATIER . Dalloz . Paris . 1965 . P. 219 et s .

وانظر أيضا : محسن شفيق - التحكيم التجارى الدولى - المقدمات ، ثروت حبيب - دروس فى قانون التجارة الدولية - ١٩٧٥ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ١٠٠ ، ١٠١ ، وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - مقالة مقدمة فى ندوة التحكيم المنعقدة بكلية الحقوق - جامعة الكويت - ص ٨ ومابعدها .

المختارة للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن خبرة القاضى العام فى الدولة الحديثة ، وعدم كفاية الرقابة على أعمالها ، وكثرة نفقات نظام التحكيم [١] .

موضوع الدراسة :

موضوع نظام التحكيم - **كطريق للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات** - يحتاج إلى دراسة متأنية ، ومتخصصة ، لإجلاء الغموض الذى يكتنف بعض جوانبه ، تتعرض بالبحث ، والتحليل للأسئلة المطروحة أمام فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن فى العديد من القضايا والمشكلات العملية التى قد تمس موضوع التحكيم فى الصميم . وخاصة ، أن العديد من جوانب نظام التحكيم توجد بشأنها اختلافات فى وجهات النظر فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - وفقه القانون الوضعى المقارن ، منها مايتعلق بطبيعة نظام التحكيم القانونية ، لما قد أثير من جدل فى فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن فى هذا الشأن ، وتعدد مذاهبه . فمن قائل أن نظام التحكيم يغلب عليه الصفة التعاقدية لأنه يتم بإرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ولأن لهذه الإرادة سلطانا فى شأن سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، واختصاصاتها ، وفى شأن تطبيقها لقواعد القانون الموضعى ، أو لقواعد العدالة على موضوع النزاع المعروض عليها للفصل فيه ، وفى شأن تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع

---

(١) فى بيان عيوب نظام التحكيم ، أنظر : أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٧٩ - ص ١٨٣ ، إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولى الخاص - ١٩٨٦ - ص ١٥ - الهامش رقم (٤) ، محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٣ ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٨ ص ١٢ ، ١٣ .

موضوع الإتفاق على التحكيم ، وفى شأن إمكان تنازل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن الطعن فى حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

ومن قائل أن نظام التحكيم يحتل مركزا وسطا بين التعاقد ، والقضاء .

ومن قائل أن نظام التحكيم له طبيعة خاصة ، وأنه يجب النظر إليه نظرة مستقلة ، ولايمكن تفسيره فى ضوء المبادئ التقليدية ، لمحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة الحديثة .

ومن قائل أن نظام التحكيم يغلب عليه الصفة القضائية ، باعتبار أنه يخضع لقواعد قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – **من حيث آثاره ، ونفاذه وإجراءاته** – وحكمه يطعن فيه فى كثير من النظم القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** – كما يطعن فى الأحكام القضائية الصادرة من جهات القضاء العام فى الدولة الحديثة ، وينفذ كما تنفذ هذه الأحكام القضائية .

كما تعددت وجهات النظر فى فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن بشأن طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – والمثار عند مخالفة قواعد الإختصاص التحكيمى ، عن طريق عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على جهات القضاء العام فى الدولة الحديثة .

وكثيرا مايؤدى الحديث عن رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، **بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة** ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص **بالفصل فى جميع منازعاتهم** - **وأيا كان موضوعها** – إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص إلى إثارة العديد من المشكلات العملية ، **حيث يجب أن ينصب رضاء** الأطراف ذوى الشأن حقيقة ، ومن غير لبس ، أو غموض على اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى

الدولة الحديثة ، دون غيره من النظم القانونية الأخرى التى قد تختلط به فى الممارسة العملية - كالخبرة ، والصلح ، والوكالة ، وغيرها - والتعرض بالبحث ، والتحليل لمختلف المعايير التى اعتمدها فقه القانون الوضعى وأحكام القضاء المقارن ، من أجل الوصول إلى معيار ، وإن لم يكن حاسما للتمييز بين تلك الأنظمة القانونية المختلفة . ومنها ، نظام التحكيم ، فإنه - وعلى الأقل - يضع حدا للمشكلات العملية التى ظهرت فى هذا الشأن .

كما يثير الحديث عن السلطة ، والأهلية الازمتين للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - العديد من المشكلات العملية . وبصفة خاصة اختلاف فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن فى هذا الشأن .

ويؤدى الحديث عن المنازعات بين الأفراد ، والجماعات التى يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، والمنازعات التى لايجوز أن تكون موضوعا لاتفاقات التحكيم - والتى تقوم فى مجموعها على حظر الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات المتعلقة بالنظام العام فى الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - إلى التعرض لاجتهاد أحكام القضاء المقارن ، لإعطاء فكرة النظام العام فى نطاق نظام التحكيم مفهوما معينا - والذى ضاق أحيانا ، واتسع فى أحيان أخرى .

كما أن الحديث عن تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " - شرطا كان ، أم مشارطة - كأحد أركانه ، وشروط صحته يثير العديد من المشكلات العملية التى قد تحدث بمناسبة النصوص القانونية التى وردت فى الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - والمنظمة لكيفية إجراء هذا التعيين وجزاء تخلفه ، أو حدوث عائق يحول دون تكوين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو قيامها بمباشرة مهمة التحكيم المعهود بها إليها من قبل الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على

التحكيم " ، ومدى سلطة القضاء العام فى الدولة الحديثة فى المساعدة فى تكوين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عند وجود عائق من العوائق المشار إليها ، وحدود تلك السلطة ، وتفسير فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن لنطاقها .

لأجل ذلك – **وبالرغم من أن موضوع التحكيم قد تناولته العديد المؤلفات القانونية من زوايا مختلفة** – إلا أننا وجدنا أن ذلك لايحول دون تناول موضوع الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، تحقيقا لمزيد من الفائدة العملية والتى أرجو أن يوفقنى الله – **تبارك وتعالى** – إلى تحقيقها .

وأود التنويه إلى أن مجال هذه الدراسة المقارنة لأركان الإتفاق على التحكيم ، وشروط صحته سوف يقتصر على اتفاقات التحكيم الوطنية البحتة والخاضعة للسيادة التشريعية للقانون الوطنى " المصرى ، أو الفرنسى المقارن " . بمعنى ، العلاقات الداخلية التى اتفق على إخضاعها لقواعد التحكيم داخل الدولة ، بالتطبيق لقواعد الإجراءات الوطنية ، أى العلاقات الوطنية البحتة بمختلف عناصرها ، سواء من حيث أشخاص العلاقة ، ومحلها ، وسببها . والتى مؤداها ، إلتجاء أطراف وطنية إلى تحكيم يتم داخل الدولة ، وبالتطبيق لأحكام القانون الوطنى ، ويسفر عن صدور حكم تحكيم يكون محلا للتنفيذ وفقا لقواعد قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، أو قواعد أحكام القوانين الوضعية الخاصة المنظمة للتحكيم - **كالقانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية** . ومن ثم ، فإنه يخرج عن مجال هذه الدراسة ، التحكيم الدولى واتفاقات التحكيم التى لاتكون خاضعة للسيادة التشريعية للقانون الوطنى " المصرى ، أو الفرنسى المقارن " ، أى اتفاقات التحكيم التى لاتكون وطنية بكافة عناصرها .

وفى ضوء ماتقدم ، فإننى سوف أقسم هذه الدراسة إلى بابين اثنين

وذلك على النحو التالى :

الباب الأول :

التعريف بنظام التحكيم ، وبيان عناصره .

والباب الثانى :

الطبيعة القانونية لنظام التحكيم .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

أسأل الله تعالى التوفيق ، والسداد ، إنه سبحانه وتعالى نعم المولى ، ونعم النصير .

المؤلف ....

الباب الأول

التعريف بنظام التحكيم

وبيـــــان عناصـــــره

تمهيد ، وتقسيم :

نظام التحكيم هو أداة فعالـــة للفصـــل فـــى المنازعـــات بيـــن الأفـــراد والجماعات ، بدلا من القضاء العام فى الدولة الحديثـــة ، صـــاحب الولايـــة العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع منازعاتهم - **وأيا كان موضوعـــها** - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، لأن مهمة التحكيم يتم إســـنادها إلى أفراد عاديين ، أو أشخاص غير قضائيـــة ، يطلـــق عليـــهم : " **هيئـــة التحكيم** " ، ويجرى اختيارهم بواسطة أطراف النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيم انطلاقا من الثقة التى يتمتعون بها ، فى قدرتهم على حســـم الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو انطلاقا من التخصص الفنى ، والذى قـــد لايتوافر لغيرهم ، مما يجعلهم أقدر من الآخرين على فهم المسائل المعروضة عليهم ، والفصل فيها .

ونظام التحكيم يتيح للأفراد ، والجماعات تنظيـــم مهمـــة الفصـــل فـــى منازعاتهم التى نشأت بالفعل ، أو التى يمكن أن تنشأ فى المستقبل " **القائمـــة والمحددة** " **مشارطة التحكيم** " ، أو **المحتملـــة ، وغـــير المحـــددة** " **شـــرط التحكيم** " **لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " دون حاجة إلى الإلتجـــاء إلـــى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، صاحب الولايـــة العامـــة ، والإختصـــاص بالفصل فى جميع منازعاتهم - وأيا كان **موضوعها** - إلا ماستثنى بنـــص قانونى وضعى خاص ، نظرا لبساطة هذا النظام ، وقلة نفقاته .

ولأجل ذلك ، فإننا سوف نقسم الباب الأول من الدراسة إلى فصلين متتاليين على النحو الآتى :

الفصل الأول :

تعريف نظام التحكيم .

والفصل الثانى :

عناصر نظام التحكيم .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

الفصل الأول

تعريف نظام التحكيم

تقسـيم :

إذا كان نظام التحكيم هو وسيلة للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات ، أو نظاما خاصا للتقاضى فى منازعات معينة . بموجبه تعترف الدولة الحديثة لأفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، ليست لهم سلطة القضاء العام فى الدولة الحديثة " **هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** بسلطة الفصل فى بعض المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، إذا ماتحققت مقتضيات الإلتجاء إلى نظام التحكيم والتى تحددها الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - عادة فى قوانينها الوضعية المختلفة ، فإنه يكون بذلك نظاما خاصا متميزا بقواعده عن الوسائل المعروفة للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - **كالقضاء العام فى الدولة الحديثة ، والصلح** .

وإذا ماكان هناك اتفاقا حول اعتبار نظام التحكيم وسيلة للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، يحل فيها حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - محل الحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة الحديثة فى تحقيق الحماية القانونية للحق ، أو المركز القانونى المتنازع عليه ، إلا أن فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن مع ذلك لم يتفقا حول تعريف موحد لنظام التحكيم ، فقد تعددت أقوالهما فى هذا الشأن [1] ، بل وامتد الخلاف إلى طبيعته القانونية .

---

(١) فى تعريف نظام التحكيم ، أنظر :

GARSONNET et CEZ – BRU : Traite theorique et pratique de procedure civile et commerciale . Sirey . 3e ed . 1925 . T. VIII . N. 220 . P. 450 ; JAPIOT (R .) : Traite de procedure civile et commerciale . 1930 . N. 976 ; GLASSON , TISSIER et MOREL : Traite de procedure civile . T . V . Sirey . 1936 . N. 1801 . P . 307 ; RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage . nature juridique . Droit interne et Droit international prive . preface de : J . VINCENT , L. G. D. J . Paris . 1965 . P . 9 ; J . ROBERT : Arbitrage civile et commercial . 4e ed . Paris . Dalloz. 1967 . P. 8 , 5e ed . 1990 . P. 9 ; J. ROBERT et B . MOREAU : L'arbitrage . Droit interne et Droit internationale prive . 6e ed . Dalloz . 1993 . N . 1 . P. 3 .

وانظر أيضا : **محمد حامد فهمي** – تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية ، والحجوز التحفظية – ط٢ – ١٩٥٢ – مطبعة فتح الله إلياس نورى بالقاهرة – بند ٥٣ ص ٤١ ، **عبد الحميد أبو هيف** – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٩١٨ ، **رمزى سيف** – قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية فى قانون المرافعات الجديد – ط١ – ١٩٥٧ – مكتبة النهضة المصرية بالقاهرة – ص ٦٣ ، **ثروت حبيب** – دراسة فى قانون التجارة الدولية – ١٩٧٤ – دار الإتحاد العربى للطباعة بالقاهرة – ١٩٧٤ – بند ٤٩ ص ١٠٢ ، **وجدى راغب فهمى** – التحكيم فى قانون المرافعات الكويتى – المقالة المشار إليها – ص ٢ ، التنفيذ القضائى وفقا لأحدث التعديلات التشريعية فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ١٩٩٥ – بدون دار نشر – ص ١٣٠ ، **أحمد أبو الوفا** – إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية ، والتجارية – ط٦ – ١٩٧٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٠٩ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ١ ص ١٥ ، **سامية راشد** – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الكتاب الأول – إتفاق التحكيم – ١٩٨٤ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٧٥ ومابعدها ، **محمود محمد هاشم** – القواعد العامة للتنفيذ القضائى – ١٩٨٠ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٣٣ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – الجزء الأول – إتفاق التحكيم – ١٩٩٠ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ٢/٧ ص ٢٠ ، قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته فى قانون المرافعات – بند ١٠٨ ص ٢١٢ ، **أبو زيد رضوان** – الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى – ١٩٨١ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ١٠ ص ١٩ ، **إسماعيل أحمد محمد الأسطل** – التحكيم فى الشريعة الإسلامية – الرسالة المشار إليها – ص ١٩ ، **محمد سلام مدكور** – القضاء فى الإسلام – بدون سنة نشر – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ١٣١ ، **عزمى عبد الفتاح** – قانون التحكيم الكويتى – ط١ – ١٩٩٠ – مطبوعات جامعة الكويت – ص ١١ ، **فتحى والى** –

وتسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الفصل إلى ثماني مباحث ، وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول :

تعريف فقه القانون الوضعي المقارن لنظام التحكيم .

المبحث الثاني :

تعريف الأنظمة القانونية الوضعية لنظام التحكيم .

المبحث الثالث :

شرط التحكيم قد يكون قائما بذاته ، ومنفصلا عن العقد الأصلي المبرم بين أطرافه - مصدر الرابطة القانونية - ولايؤثر ذلك في وصفه بأنه شرطا للتحكيم .

المبحث الرابع :

إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي المبرم بين أطرافه - مصدر الرابطة القانونية - والذي تضمنه .

الوسيط في قانون القضاء المدني - ط٣ - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١٩ ص ٣٨ ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٣ - ١٩٩٤ - بند ١٢٥ ص ٢٢٥ ، أحمد محمد مليجي موسى - التنفيذ وفقا لنصوص قانون المرافعات ، معلقا عليها بآراء الفقه ، وأحكام القضاء - ١٩٩٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١٧٥ ص ٢٠٦ ، محمد محمود إبراهيم - أصول التنفيذ الجبري على ضوء المنهج القضائي - ١٩٩٤ - دار الفكر العربي بالقاهرة - ص ٨٥ ، مختار أحمد بريري - التحكيم التجاري الدولي - دراسات خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١ ، ٢ ص ٥ ، ٦ ، أشرف عبد العليم الرفاعي - النظام العام ، والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة " دراسة في قضاء التحكيم " - رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٩٧ - ومنشورة سنة ١٩٩٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ١ ، ٢ .

المبحث الخامس :

طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فــــى القــــانون الوضعى المقارن .

المبحث السادس :

التحكيم الإختيارى هو الصورة العامة لنظام التحكيم .

المبحث السابع :

نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشـــــارطته فــــى مجموعــــة المرافعات الفرنسية الحالية ، وقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لســـــنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

المبحث الثامن ، والأخير :

الخلاف الفقهى حول الطبيعة القانونية للإتفاق على التحكيم - شرطا كان أم مشارطة .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

المبحث الأول
تعريف فقه القانون الوضعى
المقارن لنظام التحكيم .

إقترح فقه القانون الوضعى المقارن تعريفات عديدة لنظام التحكيم . فقد عرفه جانب منه بأنه : " **الإتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين Arbitres ، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه . وقد يكون الإتفاق على التحكيم فى نزاع معين بعد نشأته ، ويسمى عندئذ : مشارطة التحكيم Compromis . وقد يتفق ذوو الشأن مقدما ، وقبل قيام النزاع على عرض المنازعات التى قد تنشأ بينهم فى المستقبل . خاصة ، بتنفيذ عقد معين على المحكمين ، ويسمى الإتفاق عندئذ : شرط التحكيم " Clause compromissoire** [١] .

بينما عرف جانب آخر من فقه القانون الوضعى المقارن نظام التحكيم - وبحق - بأنه : " **الطريق الإجرائى الخصوصى للفصل فى نزاع معين بواسطة الغير ، بدلا عن الطريق القضائى العام** " [٢] .

---

(١) أنظر :

RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage . 1965 . P . 9 , 10 ; ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : L'arbitrage . Droit interne . Droit international prive . 5e ed . Dalloz . 1983 . N. 1 ; VINCENT (J.) , GUINCHARD , GABRIEL MONTAGNIER , ANDRE VARINARD : La Justice et ses institutions . 3e ed . 1991 . P. 27 .

وقارب فى فقه القانون الوضعى المصرى : محسن شفيق ، أحمد أبو الوفا ، محمود محمد هاشم ، أحمد ماهر زغلول ، أشرف عبد العليم الرفاعى - الإشارات المتقدمة .

فالمشرع الوضعى الإجرائى – **وهو يعمل فى مجال الحقوق الخاصة** – رأى من الملائم أن يكون أكثر تسامحا مع الأفراد ، والجماعات ، فأتاح لهم – **وعن طريق الإتفاق على التحكيم** – إتباع طريقا إجرائيا خاصا بنزاعهم فلايفصل فيه قاض محدد مقدما – **وفقا لقواعد الإختصاص القضائى المقررة قانونا لذلك** – وإنما فردا ، أو هيئة غير قضائية ، تشكل خصيصا للفصل فى هذا النزاع وحده ، بحيث تنتهى مهمتها بالفصل فيه ، ولايتقيد نظره بالإجراءات ، والأشكال المحددة سلفا بقواعد محددة ، وإنما يترك لأطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى **النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إتباع الإجراءات التى تراها فى نظر** هذا الموضوع ، بشرط احترام الضمانات الأساسية للتقاضى . **وأهمها** إحترام حقوق الدفاع للخصوم ، وإعمال مبدأ المواجهة فى الإجراءات بينهم **وهذا هو المقصود** بالطريق الإجرائى الخصوصى للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – فهو ليس طريقا معدا مقدما للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، وإنما هو طريقا مفصلا عضويا ، وإجرائيا من أجل نزاع معين " **النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة** " [1] .

---

[2] أنظر : وجدى راغب فهمى – مفهوم التحكيم ، وطبيعته – المقالة المشار إليها – كلية الحقوق – جامعة الكويت – الدورة التدريبية للتحكيم – ١٩٩٢ / ١٩٩٣ – ص ٣ . وقارب : على بركات – خصومة التحكيم – بند ١٠ ص ١٤ . حيث يعرف سيادته نظام التحكيم بأنه : " نظاما خاصا للتقاضى ينظمه القانون الوضعى ، ويسمح بمقتضاه للخصوم – وفى منازعات معينة – بأن يتفقوا على إخراج منازعة قائمة ، أو مستقبلة من ولاية القضاء العام فى الدولة ، وتحل هذه المنازعة بواسطة شخص ، أو أشخاص عاديين ، يختارهم الخصوم – كقاعدة – ويسندون إليهم مهمة الفصل فى هذا النزاع ، بحكم ملزم " .

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى – مفهوم التحكيم وطبيعته – المقالة المشار إليها – ص ٤ .

ولذا ، فإن القواعد الواردة فى باب التحكيم فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، أو الواردة فى القوانين الخاصة المنظمة للتحكيم - **كقانون التحكيم المصرى** رقم (٢٧) **لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** – لاتتضمن تحديدا لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو بيانا تفصيليا لإجراءات خصومة التحكيم ، وإنما تقتصر على وضع إطار عام للطريق التحكيمى ، يبين شروط اتباعه ، ووسائل رقابته ، بواسطة القضاء العام فى الدولة الحديثة .

أما إجراءات التحكيم ذاتها ، فتكتفى بمعالمه الأساسية ، بحيث أن مانصت عليه القوانين الوضعية **– وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** – بشأن إجراءات خصومة التحكيم من قواعد تمثل الحد الأدنى لمراعاة الضمانات الأساسية للتقاضى ، فضلا عن بعض القواعد المكملة لإرادة الأفراد والجماعات ، والتى ترمى إلى تيسير إعمال الطريق التحكيمى (١) .

وإذا كانت المهمة الأولى لقانون المرافعات المدنية ، والتجارية هى تنظيم حماية القضاء العام فى الدولة للحقوق ، والمراكز القانونية الناشئة عن المعاملات الخاصة بين الأفراد ، والجماعات ، فإنه يحدد بذلك الطريق القضائى العام للفصل فى المنازعات التى تثور بشأن هذه الحقوق ، والمراكز القانونية . **فهو يحدد عن طريق قواعد الإختصاص القضائى العامة :** المنازعات بين الأفراد ، والجماعات التى تدخل فى نطاق سلطة كل محكمة .

كما يحدد عن طريق قواعد التقاضى : الإجراءات الواجبة الإتباع أمام المحكمة المختصة بتحقيق النزاع ، والفصل فيه .

وهكذا ، بحيث يلزم للفصل فى أى نزاع بين الأفراد ، والجماعات الخضوع لهذه القواعد العامة ، فيرفع النزاع إلى المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل

---

(١) أنظر : وجدى راغب فهمى – الإشارة المتقدمة .

فى موضوعه ، كما تتبع بشأنه إجراءات التقاضى المحددة مقدما بواسطتها . ولكن ونظرا لأن هذا الطريق القضائى العام قد لايكون ملائما للفصل فى بعض المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، فإن القوانين الوضعية - وعلى **اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** – ترسم أحيانا طرقا خاصة للفصل فيها تجدها أكثر ملائمة ، مثل نظام التحكيم ، والذى يعمل فى مجال الحقوق والمراكز القانونية الخاصة ، ويتيح للأفراد ، والجماعات إتباع طريق إجرائى خاص بمنازعاتهم ، إلا أن هذه النظم الإجرائية الخاصة تظل خاضعة لقواعد مجردة ، تنطبق على طائفة من الحقوق ، والمراكز القانونية ، ولايميزها عن النظام الإجرائى العام ، سوى نطاقها المحدود والخاص [1] .

وقد عرف التحكيم التجارى الدولى بأنه : " **إتفاق بين طرفين يرد بشرط فى العقد الأصلى ، أو بعقد مستقل ، ويتضمن إحالة نزاع محتملا الوقوع بينهما إلى هيئة تحكيم ، للفصل فيه ، وفق أحكام قانون يتم الإتفاق على** تعيينه فى هذا الشرط ، أو وفق قواعد تضعها هيئات ، ومراكز التحكيم المنتشرة فى جميع أنحاء العالم ، أو يترك أمر تعيين هذه القواعد من قبل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، على أنه – **وفى بعض الأحيان** – قد يترك لهذه الهيئة أمر الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وفق قواعد العدالة - **والتى لاتنتمى إلى دولة معينة** – بما يعنى أنها غير مقيدة بأية قواعد ، سواء فى إجراءات التحكيم أو فى موضوع النزاع المتفق على الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم " [٢] .

---

(١) أنظر : وجدى راغب فهمى – مفهوم التحكيم ، وطبيعته – ص ٣ .

(٢) أنظر :

المبحث الثانى
تعريف الأنظمة القانونية
الوضعيــــة لنظام التحكيم .

تقسيم :

تسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقســـم هـــذا المبحـــث إلـــى مطلبين متتاليين ، وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول :

تعريف القانون الوضعى الفرنسى لنظام التحكيم .

والمطلب الثانى :

تعريف القانون الوضعى المصرى لنظام التحكيم .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

FOUCHARD PHILIPPE : L'arbitrage commercial international . Dalloz . 1965 . Paris . N . 2 ; DAVID RENE : L'arbitrage dans le commerce international . Economica . 1982 . Paris . P . 9 .

وقارب : أبو زيد رضوان – الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٠١ .

المطلب الأول :

تعريف القانون الوضعى الفرنسى لنظام التحكيم (١) .

وضع المشرع الوضعى الفرنسى تنظيما للتحكيم الداخلى فى فرنسا فــى مجموعة المرافعات الفرنسية ، فى المواد (١٤٤٢) ومابعدها – والمضافــة إلى مواد التحكيم الأخرى فى مجموعة المرافعــات الفرنســية ، بمقتضــى المرسوم رقم (٨٠ – ٣٥٤) ، والصادر فى (١٤) مــايو ســنة ١٩٨٠ والذى أضاف كتابا رابعا خاصا بالتحكيم إلى مجموعة المرافعات الفرنســية – بعد أن ألغى النصوص القانونية الوضعية التى كانت تنظمه فى مجموعــة المرافعات الفرنسية السابقة (٢) .

وبالنسبة للتحكيم الدولى فى فرنسا ، ففــى ســنة (١٩٨١) – وبمقتضــى المرسوم رقم (٨١) – ٥٠٠ ، والصادر فى مايو عام ١٩٨١ – أضيــف

---

(١) فى إصلاح المشرع الوضعى الفرنسى للنصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيــم ، فى مجموعــة المرافعات الفرنسية ، أنظر :

CORNU : Le decret du 14 Mai 1980 relatif a l'arbitrage . presentation de la reforme . Rev . arb . 1980 . P. 58 . note . 7; ROGER PERROT : L'application a l'arbitrage des regles du nouveau code de procedure civile . Rev . arb . 1980 . P. 642 et s .

(٢) فى استعراض نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا ، أنظر :

ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : op . cit . P . 854 et s .

وانظر أيضا : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريــة – ص ٣٦٨ ومابعدها .

للكتاب الرابع الخاص بالتحكيم الداخلى فى مجموعة المرافعات الفرنسية بابين جديدين :

الباب الأول :

خاصا بالتحكيم الدولى ، وهو الباب الخامس " المواد (١٤٩٢) - (١٤٩٧) .

والباب الثانى :

خاصا بالإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة فى مواد التحكيم الدولى ، وطرق الطعن فيها ، وهو الباب السادس " المواد (١٤٩٨) - (١٥٠٧) "[١] .

وقد عرفت المادة (١٤٤٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية شرط التحكيم بأنه :

" إتفاقا يتعهد بمقتضاه الأطراف فى عقد من العقود بإخضاع المنازعات التى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل للتحكيم " .

بينما عرفت المادة (١٤٤٧) من مجموعة المرافعات الفرنسية مشارطة التحكيم بأنها : **" إتفاق الأطراف على إخضاع منازعة نشأت بينهم بالفعل لتحكيم شخص ، أو أكثر " .**

---

(١) أنظر ملحقا لهذه النصوص فى :

ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : op . cit , P . 861 et s ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : Le Droit Francais de l'arbitrage . Juridictionnaire . 1983 . Joly . Paris . P. 496 et s .

المطلب الثانى

تعريف القانون الوضعى المصـــرى لنظام التحكيم .

صدر قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فـــى المواد المدنية ، والتجارية [١] ، ويعمل بأحكامه على كل تحكيم يكون قائمـــا وقت نفاذه ، أو يبدأ بعد نفاذه ، ولو استند إلى اتفاق تحكيم سبق إبرامه قبـــل نفاذ هذا القانون " **المادة الأولى من مواد الإصدار** " [٢] ، [٣] .

وقد ألغى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فـــى شـــأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية نصوص التحكيم التى كانت قـــد وردت فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقـــم (١٣) لســـنة ١٩٦٨ التحكيـــم " المواد (٥٠١) - (٥١٣) " ، حيث نص فى المادة الثالثـــة مـــن مـــواد الإصدار على أنه :

---

(١) والمنشور فى الجريدة الرسمية – العدد (١٦) " تابع " ، فى ١٩٩٤/٤/٢١ ، وبدأ العمل به إعتبارا من ١٩٩٤/٥/٢٣ " المادة الرابعة من مواد الإصدار " .

(٢) فى دراسة تفصيلية لقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيـــم فى المـــواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها ، عبد الحميـــد المنشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلى – ص ١٢ ومابعدها .

(٣) راجع ملحقا لبعض التشريعات العربية ، والدولية لنصوص التحكيم : أحمد أبو الوفا – التحكيـــم فى القوانين العربية – ط١ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٣١ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربي – التحكيم ، والتصالح – ص ١٧٥ وما بعدها .

" تلغى المواد من (٥٠١) إلى (٥١٣) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية ، كما يلغى أى حكم مخالف لهذا القانون " .

وتنص المادة (١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر ، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون " [١] .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أن قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية يسرى على مايأتى :

(أ) التحكيم الداخلى :

وهو يجرى بالضرورة فى مصر .

(ب) التحكيم الدولى :

وفقا لمعيار دولية التحكيم المنصوص عليه فى المادة الثالثة من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، ولو كان هذ التحكيم يجرى فى مصر .

---

[١] فى استعراض نصوص قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلى – ص ١٠٧ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – ص ٣١٢ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى – التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع – ١٩٩٦ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – ص ٦٣ ومابعدها .

(ج) التحكيم الدولي :

وفقا للمعيار القانونى ، إذا كان التحكيم يجرى فـــى خـــارج مصـــر ، بشرط أن يتفق أطرافه على إخضاعه لقانون التحكيم المصرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

كما يسرى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على كل تحكيم إختيارى ، مهما كانت الطبيعـة القانونية لأطرافه . بمعنى ، أن قانون التحكيم المصرى رقـــم (٢٧) لســنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لايسرى فقـــط علـــى التحكيم الذى يجرى بين أشخاص القانون الخاص – **سواء كـــان الشـخص طبيعيا ، أم اعتباريا** – بل يسرى على التحكيم بين شخص خاص ، وشـخص عام ، أو التحكيم الذى يجرى بين شخصين عامين .

وقد حددت المادة الأولى من قانون التحكيم المصـــرى رقـــم (٢٧) لســنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية طبيعة الـــنزاع الـــذى يقبل التحكيم فيه وفقا لأحكامه ، فيخضع للتحكيم أى نـــزاع – **وأيـــا كـــانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها** – إلا أن هذا الحكم يكون مقيدا بمـا تقضى به المادة الحادية عشر من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لســنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، بأنه :

" لايجوز التحكيم فى المسائل التى لايجوز فيها الصلح " .

فالإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – وفقـــا لأحكـــام القـــانون الوضعى المصرى للتحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيـــم فـــى المواد المدنية ، والتجارية يكون جائزا سواء فى العقـــود المدنيـــة ، أو فـــى العقود التجارية ، أو فى العقود الإدارية ، ولو كان النزاع ناشئا عن علاقـــة قانونية غير عقدية . ذلك أن الإتفاق على التحكيم يمكن أن يكون سابقا علـــى نشأة النزاع بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفـــاق علـــى التحكيـــم** " – **سواء كان مستقلا بذاته ، أم ورد فى عقد معين** – كمـــا يجـــوز أن يقـــوم

الإتفاق على التحكيم بعد نشأة النزاع بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام القضاء العام فى الدولة " المادة (٢/١٠) **من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** " [١]

وقد أجاز قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فى المسائل التى يجوز فيها الصلح ، ونظم الشروط الخاصة بصحة الإتفاق على التحكيم ، وتطلب لإثباته أن يكون مكتوبا ، وعدد **الشروط الازم توافرها فى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع** موضوع الإتفاق على التحكيم . كما بين مدى التزامهم بالحكم فيه ، وطريقة عزلهم ، وأسباب ردهم . وتضمن تنظيما لإجراءات الخصومة فى التحكيم يتبع إذا لم يوجد اتفاقا مخالفا بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

وتنص المادة السادسة من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أمكان اتفاق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على إخضاع علاقاتهم القانونية لأحكام عقد نموذجى ، أو اتفاقية دولية ، أو أية وثيقة أخرى . وعندئذ ، تسرى أحكام التحكيم الواردة فى هذا العقد ، أو تلك الإتفاقية ، أو

---

(١) فى بيان نطاق سريان قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - سواء من حيث الزمان ، أو من حيث المكان - أنظر : عادل محمد خير - مقدمة فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - ط١ - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٦ ومايليه ص ٣٦ ومابعدها ، عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى فى المواد المدنية ، والتجارية ، والإدارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - ١٩٩٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١٤ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١٦ ومايليه ص ٢٥ ومابعدها .

الوثيقة على التحكيم الذى يجرى بين أطراف هذا الإتفاق . مما يعنى ، عدم تطبيق نصوص قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [١] .

ويقوم قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على الأسس الآتية :

الأساس الأول :

السير فى ركب الإتجاهات الدولية الحديثة بشأن التحكيم التجارى :
بتشجيع الإستثمارات الأجنبية فى مصر .

الأساس الثانى :

إحترام إرادة أطراف الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بإفساح الحرية لهم ، لتنظيمه بالكيفية التى تناسبهم ، والإتفاق على كيفية اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وتسميتهم ، واختيار القواعد التى تسرى على إجراءات الخصومة فى التحكيم ، وتعيين مكان التحكيم ، واللغة التى تتم بها عمليات التحكيم .

الأساس الثالث :

إستقلال هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

بتخويلها الإختصاص بنظر طلبات رد أعضائها ، والفصل فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها ، وحظر الطعن فى حكم التحكيم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بالطرق المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، للطعن فى أحكام القضاء العام فى الدولة .

---

(١) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٢٠ ص ٣٠ ، ٣١ .

الأساس الرابع :

التيسير على أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

فعند عدم موافقة أحد أطراف الإتفاق على التحكيم الخالى من تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على تعيينهم فى اتفاق لاحق ، أو عدم قيامه بتعيين عضو فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو عدم اتخاذ الإجراء الذى يلزم لهذا التعيين ، أو تحقق مانعا ، أو ظرفا من جانب أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أو أحدهم - **كوفاته ، أو عزله ، أو اعتزاله ، أو رده ، أو امتناعه عن العمل** ، أو **امتناع أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن اختيار المحكم الثالث** ، أو تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم أو **بعضهم** - إذا امتنع واحدا منهم ، أو أكثر عن قبول مهمة التحكيم المعهود بها إليه ، أو اعتذر ، أو اعتزل ، أو عزل عن العمل ، أو قام مايمنعه من مباشرة مهمة التحكيم المعهود بها إليه ، فإن قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية قد نص فى المادة (١٧) منه - **والواردة فى الباب الثالث الخاص بهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** - على أنه :

" ١ - لطرفى التحكيم الإتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم ، فإذا لم يتفقا أتبع مايأتى :

أ - إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد ، وتولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين .

ب - فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين ، إختار كل طرف محكما ، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث ، فإذا لم يعين أحد

الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر ، أو إذا لم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما ، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون إختياره بناء على طلب أحد الطرفين ، ويكون للمحكم الذى اختاره المحكمان المعينان أو الذى اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم ، وتسرى هذه الأحكام فى حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين .

٢ - وإذا خالف أحد الطرفان إجراءات اختيار المحكمين التى اتفقا عليها أو لم يتفق المحكمان المعينان على من يلزم اتفاقهما عليه ، أو إذا تخلف الغير عن أداء ماعهد به إليه فى هذا الشأن ، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون إختياره بناء على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب ، مالم ينص فى الإتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل .

٣ - وتراعى المحكمة فى المحكم الذى تختاره الشروط التى يتطلبها هذا القانون ، وتلك التى اتفق عليها الطرفان ، وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة ، ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين (١٨) ، (١٩) من هذا القانون لايقبل هذا القرار الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن " .

كما تنص المادة (٢١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" إذ انتهت مهمة المحكم برده أو عزله أو تنحيه أو بأى سبب آخر وجب تعيين بديل له طبقا للإجراءات التى تتبع فى اختيار المحكم الذى انتهت مهمته " .

وتنص المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" ١ - يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع . أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا ، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج ، فيكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر .

٢ - وتظل المحكمة التى ينعقد لها الإختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الإختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم " .

ونص المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية قد تضمن حالات تدخل القاضى العام فى الدولة فى تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . وهذه الحالات هى [1] :

الحالة الأولى :

عدم اتفاق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على تعيين المحكم المنفرد الذى تتشكل منه وحده هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

الحالة الثانية :

إمتناع أحد الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " عن تعيين عضو فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر فى الإتفاق على التحكيم .

---

(١) فى بيان حالات تدخل القاضى العام فى الدولة فى تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وفقا للمادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٤٩ ومايليه ص ١٤٠ ومابعدها .

الحالة الثالثة :

عدم اتفاق عضوى هيئة التحكيم الأصليين - والمعينين من قبل الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " - على اختيار المحكم الثالث ، والذى يرأس هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما .

الحالة الرابعة :

إذا خالف أحد الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " إجراءات اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم المتفق عليها .

والحالة الخامسة :

إذا تخلف الغير عن تعيين المحكم الوحيد ، أو المحكم الرئيسى ، فى المدة التى حددها له الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

والحالات المتقدمة - **والتى تجيز للقاضى العام فى الدولة التدخل لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم** لم ترد فى المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على سبيل الحصر ، وإنما هى مجرد أمثلة للصعوبات التى يمكن أن تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] .

ومن ثم ، فإنه يمكن للقاضى العام فى الدولة أن يتدخل لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا حدثت أية صعوبات تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، سواء كان ذلك راجعا لأحد الأطراف

---

(١) أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٥٠ ص ١٤٢ .

المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أم كان راجعا لأية ظروف أخرى ، حتى ولو لم يرد ذكرها فى المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية [١] .

والأساس الخامس :

السرعة فى إنهاء إجراءات خصومة التحكيم ، لإصدار حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [٢] .

وبجانب القواعد القانونية العامة الواردة فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، **والتجارية – والمنظمة للتحكيم ، وقواعد الإتفاق عليه** – فإنه توجد قواعد قانونية خاصة تنظم بعض التحكيمات الخاصة فى مصر . فقد نصت المادة (٩٣) من قانون العمل المصرى رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١على نظام التحكيم فى منازعات العمل ، وهو تحكيما خاصا يخرج عن نطاق قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية . كما تضمن القانون الوضعى المصرى رقم (٦٦) لسنة ١٩٦٣ بشأن الجمارك تنظيما خاصا للتحكيم الجمركى ، وهو يخرج عن نطاق قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، كما تضمن قانون الضريبة العامة على المبيعات رقم (١١) لسنة ١٩٩١ – والمعدل – نظاما خاصا للتحكيم بين الممولين ، ومصلحة

---

(١) أنظر : على بركات – الإشارة المتقدمة .

(٢) فى بيان الأسس التى يقوم عليها قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلى – ١٩٩٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٨ ومابعدها .

الضرائب على المبيعات ، ولايسرى عليه قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية . إذ أن التحكيم المنصوص عليه فى قانون الضريبة العامة على المبيعات يعد تحكيما ذو طبيعة خاصة ، وله نظاما قانونيا خاصا .

كما يخرج التحكيم الخاص ببورصة البضاعة الحاضرة عن نطاق قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية . فقد تضمن القانون الوضعى المصرى رقم (١٤١) لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون إنشاء بورصة البضاعة الحاضرة للأقطان النص على أن تنتخب لجنة البورصة بالإقتراع السرى فى أول اجتماع لها بعد انتخاب الرئيس خمسة من أعضاء البورصة ، وتشمل منهم لجنة تحكيم القطن . وتنتخب اللجنة كذلك عددا مماثلا - **كأعضاء إحتياطيين** - يحلون - **عند الإقتضاء** - محل الأعضاء الأصليين المتغيبين ، أو الذين لهم مصلحة فى النزاع القائم . وتختص لجنة التحكيم - **باعتبارها مفوضة بالصلح** - بالفصل فى جميع المنازعات التى تقع بين أعضاء البورصة - **شراء ، أو بيعا ، أو تسليما للقطن** - وفقا للقواعد المنصوص عليها فى هذا القانون ، ولائحته التنفيذية [١] .

كما أن جمهورية مصر العربية كانت قد وافقت على الإنضمام إلى الإتفاقية الخاصة بأحكام التحكيم الأجنبية ، وتنفيذها ، والتى أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجارى الدولى - **والمنعقد فى نيويورك فى الفترة من (٢٠) مايو إلى (١٠) يونية سنة ١٩٥٨** - وقد وافقت

---

(١) فى بيان ذلك بالتفصيل ، واستعراض العديد من القواعد القانونية الخاصة التى تنظم بعضا من التحكيمات الخاصة فى مصر ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ١٥ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى - التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - ص ٢٧ ومابعدها ، ص ٢٨٥ ومابعدها .

مصر على الإنضمام لهذه الإتفاقية بقرار من السيد / رئيس الجمهورية العربية المتحدة رقم (١٧١) لسنة ١٩٥٩ ، بتاريخ ١٩٥٩/٢/٢ .

كما أن جمهورية مصر العربية كانت قد وافقت على الإنضمام إلى الإتفاقية الخاصة بأحكام التحكيم الأجنبية ، وتنفيذها ، والتى أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجارى الدولى – **والمنعقد فى نيويورك فى الفترة من (٢٠) مايو إلى (١٠) يونية سنة ١٩٥٨** – وقد وافقت مصر على الإنضمام لهذه الإتفاقية بقرار من السيد / رئيس الجمهورية العربية المتحدة رقم (١٧١) لسنة ١٩٥٩ ، بتاريخ ١٩٥٩/٢/٢ ، وأودعت **وثيقة إنضمامها لدى سكرتارية الأمم المتحدة فى ١٩٥٩/٣/١٦بدون أى تحفظ** [١] .

وقد كانت المادة (١/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ [٢] – **والملغاة بواسطة القانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** – تنص على أنه :

" **ويجوز الإتفاق على التحكيم فى نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة ، كما يجوز الإتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ من تنفيذ عقد معين** " .

وجاء قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – **والذى ألغى نصوص التحكيم التى كانت**

---

[١] الجريدة الرسمية – فى ١٩٥٩/٣/١٤ – العدد رقم (٢٧) .

[٢] القانون الوضعى المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – الباب الثالث من الكتاب الثالث " التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " فى المواد (٥٠١) – (٥١٣) ، والمنشور بالجريدة الرسمية – العدد (١٩) – الصادر فى (٩) مايو سنة ١٩٦٨ .

واردة فى قانون المرافعات المصرى ، فى المواد من (٥٠١) - (٥١٣) - وعرف نظام التحكيم فى المادة العاشرة منه بأنه :

" ١- إتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة ، عقدية كانت أو غير عقدية .

٢- يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد فى عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التى قد تنشأ بين الطرفين . وفى هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع فى بيان الدعوى المشار إليه فى الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من هذا القانون .

كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام جهة قضائية ، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلا .

٣ - ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار الشرط جزءا من العقد " .

المبحث الثالث

شرط التحكيم قد يكون قائما بذاته ، ومنفصلا عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - مصدر الرابطة القانونيـــة - ولايؤثـــر ذلك فـــى وصفه بأنه شرطا للتحكيم ، مادام الإتفاق عليه قد تم قبل نشأة النزاع بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

شرط التحكيم قد يكون قائما بذاته ، ومنفصلا عن العقد الأصلى المـــبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - ولايؤثر ذلك فى وصفه بأنه شرطا للتحكيم ، مادام الإتفاق عليه قد تم قبل نشأة النزاع بـــالفعل بيـــن الأطـــراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

ويرد شرط التحكيم عادة فى العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصـــدر الرابطة القانونية** - على أنه لايوجد مايمنع من وروده فى عقد لاحق ، يكون مبرما بينهم ، قبل نشأة أى نزاع بينهم ، فيكون المميز لشرط التحكيم عندئـــذ ليس هو وروده فى العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية** - ولكن كـــون المنازعات التى يشملها شرط التحكيم هى منازعات محتملة ، وغير محـــددة فهى لم تنشأ بعد لحظة الإتفاق على التحكيم [١] .

ذلك أنه - **وإن كان فى الغالب من الأحوال** - أن يرد شرط التحكيم فى نفـس العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية** - سواء كان عقدا مدنيا ، أم عقـــدا

---

[١] أنظر : عبد الحميد المنشاوى - الإشارة المتقدمة .

تجاريا ، أم عقدا إداريا ، إلا أن ذلك ليس بلازم . إذ قد يكون شرط التحكيم قائما بذاته ، ومنفصلا عن العقد المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - ولايؤثر ذلك فى وصفه بأنه شرطا للتحكيم ، مادام الإتفاق عليه قد تم قبل نشأة النزاع بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " [١] .

وشرط التحكيم كثيرا مايدرج فى العقد المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - سواء كان عقدا مدنيا ، أم عقدا تجاريا ، أم عقدا إداريا بل وقد أصبح هو القاعدة فى ميدان التجارة الدولية ، باعتبار أن الغالبية العظمى من قضايا التحكيم - **وخاصة فى المجال الدولى** - تنشأ استنادا إلى شرط للتحكيم ، يكون سابقا على نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " [٢] .

ويرد شرط التحكيم عادة فى العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - على أنه لايوجد مايمنع من وروده فى عقد لاحق ، يكون مبرما بينهم ، قبل نشأة أى نزاع بينهم ، فيكون المميز لشرط التحكيم عندئذ ليس هو وروده فى العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية** - ولكن كون المنازعات التى يشملها شرط التحكيم هى منازعات محتملة ، وغير محددة فهى لم تنشأ بعد لحظة الإتفاق على التحكيم [٣] .

---

[١] أنظر : **المؤلف** - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٧ ص ١٨ ، بند ٩ ص ٢٤ .

[٢] أنظر : **أشرف عبد العليم الرفاعي** - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٠١ .

[٣] أنظر : **عبد الحميد المنشاوى** - الإشارة المتقدمة .

ذلك أنه – **وإن كان فى الغالب من الأحوال** – أن يرد شرط التحكيم فى نفس العقد الأصلى – **مصدر الرابطة القانونية** – سواء كان عقدا مدنيا ، أم عقدا تجاريا ، أم عقدا إداريا ، إلا أن ذلك ليس بلازم . إذ قد يكون شرط التحكيم قائما بذاته ، ومنفصلا عن العقد المبرم بين أطرافه – **مصدر الرابطة القانونية** – ولايؤثر ذلك فى وصفه بأنه شرطا للتحكيم ، مادام الإتفاق عليه قد تم قبل نشأة النزاع بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " [١] .

وشرط التحكيم كثيرا مايدرج فى العقد المبرم بين أطرافه – **مصدر الرابطة القانونية** – سواء كان عقدا مدنيا ، أم عقدا تجاريا ، أم عقدا إداريا بل وقد أصبح هو القاعدة فى ميدان التجارة الدولية ، باعتبار أن الغالبية العظمى من قضايا التحكيم – **وخاصة فى المجال الدولى** – تنشأ استنادا إلى شرط للتحكيم ، يكون سابقا على نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " [٢] .

ويخضع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – فى وجوده وفى قيامه صحيحا [١] لقانون البلد الذى تم فيه [٣] .

---

[١] أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٧ ص ١٨ ، بند ٩ ص ٢٤ .

[٢] أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٠١ .

[٣] فى دراسة شروط صحة الإتفاق على التحكيم ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٠٢ ومايليه ص ٣٧١ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٢٢ ومايليه ص ٣٦ ومابعدها .

فالإتفاق على التحكيم هو :

اتفاق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى كل ، أو بعض المنازعات التى نشأت فعلا بينهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " مشارطة التحكيم " ، أو يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بمناسبة علاقة قانونية معينة - عقدية كانت أو غير عقدية- " شرط التحكيم " (١) .

بمعنى أن الإتفاق على التحكيم قد يأتى فى إحدى صورتين . وهما :

الصورة الأولى :

مشارطة التحكيم Le compromis :

وتكون باتفاق بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " - والذين نشأ بالفعل نزاعا بينهم ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم - بالفصل فيه بواسطة هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه [٢]

والصورة الثانية :

شرط التحكيم La clause compromissoire :

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨١/١/٩ - فى الطعن رقم (٤٥٣) - لسنة (٤٢) ق ، ١٩٨٢/٥/٢٦ - فى الطعن رقم (٧١٤) - لسنة (٤٧) ق . مشارا لهذين الحكمين القضائيين فى أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٣ - ١٩٩٤ - بند ١٢٥ ص ٢٢٥ - فى الهامش .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ١٥ ، سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - ص ٧٧ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٢٨ ص ٧٧ ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٢٨ ص ٧٤ ، عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ٢٧ ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٠٣ .

ويكون الإتفاق عليه كبند من بنود عقد معين ، يكون مبرما بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، بشأن الفصل في نزاع محتمل ، وغير محدد ، يمكن أن ينشأ فى المستقبل عن تفسيره ، أو تنفيذه ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه [١]

فالإتفاق على التحكيم قد يرد فى نفس العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية – **سواء كان عقدا مدنيا ، أم تجاريا ، أم إداريا** – فيتفق طرفا العقد على أن مايمكن أن ينشأ بينهم فى المستقبل من منازعات بمناسبة تفسيره ، أو تنفيذه يتم الفصل فيها بواسطة هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** – وعندئذ ، يرد شرط التحكيم على أى نزاع قد يحدث بينهم فى المستقبل بمناسبة تفسير العقد الذى تضمنه ، أو تنفيذه ، فلا يرد على نزاع معين [٢]

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٢٣ ، وجدى راغب فهمى – النظرية العامة للتنفيذ القضائى – ١٩٧٣ – ص ١٣٢ ، محمود محمد هاشم – إتفاق التحكيم – ص ٢٩ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٢٩ ، قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته – ط٢ – ١٩٩١ – بند ١٠٩ ص ٢١٤ ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٣٠ ص ٧٩ ، عبد الحميد المنشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلى – ص ٢٧ ، ٢٨ ، أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٠٣ .

(٢) فى دراسة تفصيلية لشرط التحكيم ، أنظر :

BEAUREGARD (JACQUES) : De la clause compromissoire . These . Paris . 1911 ; **CHARLES REFPRT** : Les diffcultes soulvees par l'application de la loi 31 Decembre 1925 . sur la clause compromissoire . Paris . 1929 ; **GRECH (GASTON)** : Precis de l'arbitrage. Traite pratique sur la clause compromissoire et les chambres arbitrales . 1964 ; **HERVE CHASSERY** : La clause compromissoire en Droit interne . These .

وقد لايتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفــاق علــى التحكيــم " علــى التحكيم فى العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، ولكن وبعد قيام الــنزاع بينهم ، يبرمون اتفاقا خاصا ، للفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية [١] .

Montpellier . Mars . 1975 ; MOREL (R .) : La clause compromissoire commmercial . L. G. D. J . Paris . 1950 ; MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire . These . Renne . 1985 .

وانظر أيضا : محمد رضا إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – مقالة منشــورة فى مجلة الدراسات القانونية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة أسيوط – العدد السادس – يونيــة – ١٩٨٤ – ص ١٩٥ ومابعدها .

(١) أنظر : عبد الحميد المنشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلــى – ١٩٩٥ – منشــأة المعــارف بالأسكندرية – ص ٢٨ .

المبحث الرابع
إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بيـــن أطـــرافه - مصدر الرابطة القانونية – والذى تضمنه .

رغم ورود شرط التحكيم فى العقد الأصلي المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** -- فإنه يجب القول باستقلاله عن هذا العقد ، **فهو تصرفـــا** قانونيا مستقلا ، وقائما بذاته ، **وإن تضمنه العقد مصدر الرابطة القانونيـــة .** ومن ثم ، فإنه قد يتصور صحة شرط التحكيم ، رغم بطلان العقد الأصلـــى - **مصدر الرابطة القانونية** – والذى تضمن هذا الشرط ، إلا إذا كـــان ســـبب البطلان يشمل أيضا شرط التحكيم – **كما لو كان العقد الأصلى المبرم بيـــن أطرافه** - مصدر الرابطة القانونية – **قد أبرم بواسطة شخص ، كان وقـــت إبرامه ناقصا الأهلية** . ولايؤدى بطلان ، أو فسخ ، أو إنهاء العقد الأصلـــى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** – إلى التـــأثير علـــى شـــرط التحكيم . فطالما أن شرط التحكيم قد استكمل شروط صحته الخاصـــة بـــه ، فإنه يكون صحيحا قانونا ، وينتج كافة آثاره القانونية ، رغم مأصاب العقـــد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** – مـــن عـــوارض . خاصة ، مع إمكانية تصور خضوع شرط التحكيم المبرم بين أطرافه لقـــانون وضعى يختلف عن القانون الوضعى الذى يخضع له موضوع العقد الأصلـــى المبرم بين أطرافه – **مصدر الرابطة القانونية** . فيعتبر شرط التحكيم إتفاقـــا مستقلا عن شروط العقد الأخرى - **مصدر الرابطة القانونيـــة** – ولايـــترتب على بطلان العقد -- **مصدر الرابطة القانونية** – أو فسخه ، أو إنهائـــه أثـــرا

على شرط التحكيم الذى يتضمنه ، إذا كان هذا الشرط صحيحا فى ذاتـه [١]

ونتيجة لذلك ، فإن شرط التحكيم ينتج عندئذ كافة آثاره القانونيـة ، ويكـون لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سـلطة النظر فى أية منازعات يمكن أن تنشأ عن بطلان ، أو فسخ ، أو إنهاء العقـد الأصلى المبرم بين أطرافه - مصدر الرابطة القانونية [٢] .

وقد كرست المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية مبدأ اسـتقلال شـرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - مصدر الرابطة القانونيـة - والذى تضمنه ، بنصها على أنه :

" يعتبر شرط التحكيم إتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولايـترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنـه إذا كان هذا الشرط صحيحا فى ذاته " .

---

(١) فى دراسة مصير شرط التحكيم الذى تضمنه العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - مصـدر الرابطـة القانونية - لسبب أدى إلى بطلانه ، أو فسخه ، أو إنهائه ، أنظر :

KLEIN . F . E : Du caractere autonomie de la clause compromissoire notamment en matiere d'arbitrage international . Revue critique de Droit international prive . 1961 . P . 499 et s ; FOUCHARD (PHILIPPE) : L'arbitrage commercial international . P. 69 et s ; ROBERT (JEAN) : Arbitrage civil et commercial en Droit interne et international prive . Dalloz . 4e ed . 1990 . P. 134 et s .

وانظر أيضا : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - ص ٧٨ ومابعدها ، إبراهيـم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولى الخاص - ص ٤٥ ومابعدها ، مختار أحمـد بريـرى - التحكيـم التجارى الدولى - بند ٣٣ ص ٤٩ ، ٥٠ ، عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخـلى - ص ٢٨ .

(٢) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٣٣ ص ٤٩ ، ٥٠ .

فى حين لم تتضمن مجموعة المرافعات الفرنسية نصا قانونيا وضعيا صريحا يكرس مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - والذى تضمنه ، ولكنها كرست فى المادة (١٤٦٦) منها مبدأ الإختصاص بالإختصاص ، والتى تنص على أنه :

" إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم فى أساس أو مدى سلطته ، أو نطاق اختصاصه ، فيكون لهذا الأخير الفصل فى صحة الإتفاق على التحكيم ، أو حدود اختصاصه " [١] .

ويستند جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى إلى النص القانونى الوضعى المتقدم للقول بأنه يؤدى إلى تقرير مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمنه** - من الناحية العملية . إذ طالما أن لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة الفصل فى بطلان ، أو صحة العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - والذى تضمنه ، فإن هذا يعنى أن شرط التحكيم بوصفه اتفاقا على التحكيم ، يكون من الممكن فصله عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - ومن ثم ، يكون متمتعا بالإستقلالية [٢] .

ولكن جانب آخر من فقه القانون الوضعى المقارن قد رأى - **وبحق** - الربط بين مبدأ الإختصاص بالإختصاص ، ومبدأ استقلال شرط التحكيم عن

---

(١) وقد وردت هذه المادة فى الفصل الثانى الخاص بسلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية ، سواء كان مصدر هذه السلطة شرطا للتحكيم ، يكون وارد فى عقد معين ، أو مشارطة تحكيم ، كانت قد أبرمت بصفة مستقلة بمناسبة نزاع ما

(٢) أنظر :

ROBERT (JEAN) : Arbitrage civil et commercial . P.134 .

العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - والذى تضمنه . ومن ثم ، فالأكثر قبولا عندئذ هو القول بأن مبدأ إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - والذى تضمنه يعد من المبادئ الأساسية التى يقوم عليها نظام التحكيم ، سواء على الصعيد الوطنى ، أم على الصعيد الدولى فى فرنسا ، حيث أن القضاء الفرنسى قد كرسه فى قضايا التحكيم التجارى الدولى على نحو قاطع ، وبشكل متواتر ، مما يصلح أساسا للقول بوجوده أيضا فى التحكيم الداخلى الفرنسى ، بدلا من محاولة التعسف فى تفسير النصوص القانونية الوضعية الفرنسية ، وتحميلها أكثر مما تحتمله [1] .

[1] أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٣٣ ص ٥٠ .

المبحث الخامس

طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فى القانون الوضعى المقارن .

تقسيم :

تسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين ، وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول :

طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فى القانون الوضعى الفرنسى .

والمطلب الثانى :

طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فى القانون الوضعى المصرى .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

المطلب الأول

طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فى القانون الوضعى الفرنسى .

تقسيم :

الحديث عن جزاء الإخلال بشرط التحكيم فى القانون الوضعى الفرنسى أى ، الأثر القانونى المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم يتطلب منا أن نتحدث أولا عن موقف مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة من هذه المسألة ، ثم بعد ذلك نتطرق للحديث عن مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، لاختلاف طبيعة الأثر القانونى المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم فى المجموعتين ، فى فرعيين متتاليين ، وذلك على النحو التالى :

الفرع الأول :

الأثر القانونى المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة .

والفرع الثانى :

الأثر القانونى المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

الفرع الأول

الأثر القانونى المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة .

لم يكن شرط التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة يعتبر اتفاقا على التحكيم ، وإنما كان وعدا بإبرام هذا الإتفاق فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم . بمعنى ، أن شرط التحكيم يمثل حلقة مؤدية للتحكيم – **كنظام قانونى للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى كافة منازعاتهم – وأيا كان موضوعها إلا مااستثنى بنص قانونى وضعى خاص** – وهو يمهد لإبرام عقد آخر ، هو مشارطة التحكيم .

بحيث أن شرط التحكيم المدرج فى عقد من العقود لمواجهة نزاع محتمل وغير محدد – **وفى الحالات التى يجوز فيها التجاء الأفراد ، والجماعات إلى نظام التحكيم ، عن طريق هذه الصورة من صورتى الإتفاق على التحكيم " الشرط ، والمشارطة "** – لايعفى أطراف شرط التحكيم عندئذ من إبرام مشارطة تحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم [1] .

---

(١) فى بيان مدى التزام أطراف شرط التحكيم بإبرام مشارطة تحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، أنظر :

وقد ثار التساؤل عن مدى حرية أطراف العقد الأصلي المبرم بين أطراف شرط التحكيم - **مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم** - في إبرام مشارطة التحكيم في المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ؟ . فهل تخضع هذه المسألة لمبدأ سلطان إرادة أطراف شرط التحكيم ؟ . وهل يكون الرد على ذلك بالإيجاب ؟ . فيكون شرط التحكيم عملا إراديا يتضمن الوعد بالتحكيم ، ويترتب على رفض أحد أطراف شرط التحكيم إبرام مشارطة مشارطة التحكيم في المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، ألا يكون للأطراف الآخرين في العقد الأصلي - **مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم** - سوى مطالبته بالتعويض عما لحق بهم من أضرار ، نتيجة إخلاله بشرط التحكيم ؟ . أم أنه يمكن تنفيذ هذا الإلتزام تنفيذا عينيا ؟ .

بحيث يجوز إجبار المتعاقد على تنفيذ التزامه ، إما قضاء ، على أساس تنفيذ الإلتزام عينا ، فيقوم القاضي العام في الدولة الفرنسية بمهمة إختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم ، أو رضاء فيمتثل الطرف الآخر لإجراءات تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم ، ويقوم عندئذ بالمساهمة في تكوين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم ؟ .

وقد ذهب جانب من فقه القانون الوضعي الفرنسي إلى أن الجزاء المترتب على رفض أحد الأطراف المتعاقدين تنفيذ شرط التحكيم تنفيذا عينيا ، عن طريق إبرام مشارطة التحكيم في المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط

M . ROTHE : La clause compromissoire . P . 72 et s ; Dalloz . Nouveau Repertoire De Droit . N . 50 et s , N . 85 et s ; Dalloz . Encyclopedie Juridique . N . 38 et s ; EMIL – TYAN : op . cit . , p . 201et s ; Repertoire De Droit commercial . N . 56 et s ; Repertoire De Droit civile . N . 205 et s , N . 225 et s ; JEAN – VINCENT : Procedure civile . Dix – Neuvieme edition . N . 813 . P . 1043 et s ; MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit . , p . 180 et s

التحكيم ، وتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، هو الحكم بالتعويض على من يرفض إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، وتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم [١] . وقد أيدت هذا الرأى بعض أحكام القضاء الفرنسى [٢] .

غير أن محكمة النقض الفرنسية قد انتهجت مسلكا آخر مؤداه : " **أنه يحق للطرف ذى المصلحة أن يلجأ إلى القضاء العام فى الدولة ، ويطلب منه تعيين هيئة تحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، والذى نشأ بالفعل عن تفسير العقد ، أو تنفيذه – والمتضمن شرط التحكيم – فيقوم حكم القاضى العام فى الدولة عندئذ مقام الإتفاق على التحكيم حيث يفرض شرط التحكيم على أطراف العقد الذى تضمنه ، وينفذ جبرا . بمعنى ، أن عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، لايؤدى إلى إفلات النزاع موضوع شرط التحكيم من ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم . فإذا تضمن العقد التجارى شرطا للتحكيم ، فإنه يفرض على أطرافه التزاما بالإلتجاء إلى نظام التحكيم للفصل فى المنازعات التى يثيرها هذا العقد . ومن ثم ، يلتزم أطرافه بعدم عرض المنازعات المذكورة بالعقد على المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها**

---

(١) أنظر :

WAHI : La clause compromissoire en matiere commercial . J . C . P . 27 ed . G . I . 1 et s ; CEZAR – BRU : Commentaire de la loi du 31 Decembre 1925 . lois nouvelles . 1926 . 1 . P . 181 ; RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage . nature juridique . L . G . D . J . 1965 . p . 259 . N . 39 .

(٢) أنظر:

Paris . 10 Juillet . 1928 . S . 1930 . 2 . 5 ; La cour de Marsielle commerciale . 2 Fev . 1927 . cite par JEAN – ROBERT : op . cit . , N . 37 .

والفصل فى موضوعها ، ويجب عليهم عرضها على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيها . والخلاف الذى قد يثور بين أطراف العقد التجارى - والمتضمن شرطا للتحكيم - ويكون من شأنه الحيلولة دون اضطلاع هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم بمهمتها التحكيمية لاينبغى أن يحول دون تنفيذ شرط التحكيم . فإذا اختلف أطراف العقد التجارى - والمتضمن شرطا للتحكيم - حول تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، فإنه يجوز لأى منهم أن يطلب من المحكمة التجارية المختصة أصلا بتحقيق النزاع موضوع شرط التحكيم ، والفصل فى موضوعه ، الأمر بإلزام خصمهم بالمشاركة فى تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، فى مدة معينة ، وإلا قامت هذه المحكمة بإجراء هذا التعيين من تلقاء نفسها ، واتخاذ جميع الإجراءات الازمة لمباشرة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم لمهمتها التحكيمية ، فضلا عن التزام الطرف المذكور بالتعويض ، متى كان له مقتض . والخلاف حول إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، لايجيز لأى طرف فى العقد التجارى - والمتضمن شرط التحكيم - التنصل منه ، ونقضه - بارادته المنفردة ، ووفقا لمشيئته وحده - لأن تعليق خضوع النزاع موضوع شرط التحكيم - والذى نشأ فعلا - للتحكيم على محض مشيئة أطراف العقد التجارى - والمتضمن شرط التحكيم - يجعله وهميا ، وعديم الأثر . فلايجوز لأحد أطراف العقد التجارى - والذى تضمن شرطا للتحكيم - الإدعاء باختصاص المحكمة التجارية بنظر المنازعات الناشئة عن هذا العقد ، حيث يتناقض هذا المسلك مع شرط التحكيم المدرج فيه . فإذا أصر أحد أطرافه على هذا المسلك ، جاز للأطراف الآخرين الدفع أمام المحكمة التى رفع أمامها النزاع موضوع شرط التحكيم به ، ووجب على تلك المحكمة قبول هذا الدفع ، والذى

يتضمن الإدعاء بعدم إختصاصها بتحقيق هذا النزاع ، والفصل في موضوعه " [١] .

وهكذا ، فقد أضفت محكمة النقض الفرنسية على شرط التحكيم طابعا إلزاميا يوجب تنفيذه . **فالوعد بالتحكيم هو** : مجرد التزاما بعمل ، لايتخلف عن الإخلال به سوى التعويض ، بل أصبح النظر إليه كالتزام قابل للتنفيذ العيني وهو تنفيذا يفرضه قرار القاضي العام في الدولة على الخصم المماطل فرضا مادام لم يقم بتنفيذه اختيارا . وبذلك ، فإنه يجوز للطرف صاحب المصلحة في عرض النزاع على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، الإلتجاء إلى رئيس المحكمة التجارية المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل في موضوعه - **لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم** - إذا لم يستجب الطرف بالمشاركة في تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم خلال مدة معينة ، دون حاجة لصدور حكم قضائي ، يكون حائزا لقوة الأمر المقضي .

---

(١) أنظر :

Cass . Com . 27 Fevrier . 1939 . Gaz . Pal . 1939 . I . 678 .

الفرع الثانى

الأثر القانونى المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية .

صاغ المرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ – **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى بفرنسا** – فى الباب الأول : إتفاقات التحكيم ، وتبين أن شرط التحكيم – **شأنه شأن مشارطة التحكيم** – قد أصبح يشكل التزاما مستقلا عن مشارطة التحكيم ، بالإلتجاء إلى إجراءات التحكيم من جانب الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، للفصل فى النزاع – **المحتمل** ، **وغير المحدد** – موضوع شرط التحكيم ، وليس مجرد وعدا بإبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم .

فالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ – **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** – قد أوضح استقلال صورتى الإتفاق على التحكيم " **شرط التحكيم ، ومشارطته** " . بحيث يمكن لأطراف العقد التجارى الذين يدرجون فيه شرطا للتحكيم ، للفصل فى النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، والذى يمكن أن ينشأ مستقبلا عن تفسيره أو تنفيذه فى المستقبل – وعند نشأة النزاع **موضوع شرط التحكيم** – الإلتجاء مباشرة إلى إجراءات التحكيم ، عن طريق تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، دون حاجة لإبرام مشارطة تحكيم مستقلة .

بل ويظهر إستقلال صورتى الإتفاق على التحكيم " **شرط التحكيم ومشارطته** " فى المرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ - **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** - من خلال تخصيصه الفصل الأول من الباب الأول لشرط التحكيم . والفصل الثانى منه لمشارطة التحكيم ، والفصل الثالث منه للقواعد المشتركة لصورتى الإتفاق على التحكيم " **شرط التحكيم ، ومشارطته** " .

فالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ - **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى بفرنسا** - قد ميز شرط التحكيم عن مشارطته ، وجعلهما على قدم المساواة ، من حيث الأثر القانونى المترتب على كل منهما ، بحيث يلتزم أطراف شرط التحكيم بالإلتجاء مباشرة إلى إجراءات التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، دون حاجة لإبرام مشارطة تحكيم مستقلة (١) .

---

(١) فى بيان طبيعة شرط التحكيم فى المرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ - والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى بفرنسا ، أنظر :

G . CORNU : Presentation de la reforme . Rev . Arb . 1980 . P . 583 et s ; J . ROBERT et B . MOREAU : op . cit . , N . 57 et s ; RUBELLIN – DEVICHI : Jueis - Classeur . Procedure Civile . Fasc . 1020 . ou commercial . Fasc . 210 . N . 1et s ; Repertoire De Droit commercial . N . 98 et s ; Repertoire De Droit civile . N . 225 et s ; Repertoire De Droit Procedure civile . N . 149 et s .

المطلب الثانى

طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فـــى القانون الوضعـــى المصرى .

شرط التحكيم يكون وعدا بعقد فى القانون الوضعى المصرى [١] . ومن ثـــم فإنه يشترط أن تتوافر لدى الواعد نفس الأهلية الازمة لصحة العقد الموعـــود به " **مشارطة التحكيم** " .

والوعد بالتعاقد هو : اتفاقا يتم بتوافـــق إرادتيـــن . بموجبـــه ، يعـــد أحـــد المتعاقدين الآخر بإبرام عقد معين فى المستقبل ، إذا أظهر الأخير رغبته فـــى ذلك خلال مدة معينة ، فيتقيد الواعد بهذا الإتفاق ، دون أن يتقيد الموعود لـــه بشئ [٢] .

وتنص المادة (١٠١) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" ١ - **الإتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقـــد معين فى المستقبل ، لاينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهريـــة للعقـــد المراد إبرامه ، والمدة التى يجب إبرامه فيها .**

---

[١] فى دراسة طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فى القانون الوضعى المقارن ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٣١ ، ٣٢ ص ٨١ ومابعدها .

[٢] فى دراسة أحكام الوعد بالتعاقد " تعريفه ، شروطه ، وآثـــاره " ، أنظـــر : عبـــد الودود يحي - الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات - ١٩٨٢ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٣٦ ومايليه ص ٤٨ ومابعدها .

٢ - وإذا اشترط القانون لتمام العقد إستيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا فى الإتفاق الذى يتضمنه الوعد بإبرام هذا العقد " .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، **أن الوعد بالتعاقد هو :** عقدا كاملا يتم بايجاب ، وقبول . ولذلك ، فإنه يجب أن تتوافر فيه شروط الإنعقاد ، وشروط الصحة الازمة لأى عقد من العقود ، ولكن نظرا لأن الوعد بالتعاقد يلزم الواعد ، دون الموعود له ، فإنه يجب أن تتوافر فى الواعد الأهلية الازمة لإبرام العقد النهائى . أما الموعود له ، فيعتبر الوعد بالتعاقد بالنسبة له نافعا نفعا محضا . ولذلك ، يكفى أن يكون مميزا ولايشترط أن تتوافر فيه الأهلية الازمة لإبرام العقد الموعود به ، إلا وقت إبرام العقد النهائى [١] .

وحين تجيز الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - للأفراد ، والجماعات الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم المحتملة ، وغير المحددة ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم بينهم والتى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية** - بمقتضى شرط للتحكيم فإن ذلك يمثل حلقة مؤدية إلى التحكيم - **كنظام قانونى** . فإرادة الأفراد والجماعات فى الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم المحتملة وغير المحددة ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم بينهم ، والتى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية** - بمقتضى شرط للتحكيم تظهر منذ البداية فى العقد التجارى ، أو فى العقد المدنى ، والذى يرد به شرط التحكيم ، ويضع هذا الشرط على أطراف العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمنه** - التزاما بإبرام مشارطة التحكيم التى تتضمن

---

[١] أنظر : عبد الودرد يحي - **الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات - بند ٣٧ ص ٤٨ ، ٤٩ .**

موضوع النزاع الذى نشأ فعلا بينهم ، عن العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمنه** - وتسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، للفصل فيه ، فى حدود طلبات الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ووفقا للقواعد ، والإجراءات التى تكون الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - **قد قررتها بخصوص نظام التحكيم** ، مالم يتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على إعفاء هيئة التحكيم المكلفة عندئذ بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من الخضوع لها ، إلا مايتعلق منها بالنظام العام **L'ordre public** فى القانون الوضعى المقارن ، وحقوق الدفاع للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

وعلى ضوء ماتقدم ، فقد عرف جانب من فقه القانون الوضعى المقارن (١) شرط التحكيم بأنه : " **الوعد بالتحكيم La promese de compromettre فيما يثور مستقبلا بين المتعاقدين من منازعات تنشأ عن العقد الذى تضمن هذا الوعد** " . وبمعنى آخر ، **فإن شرط التحكيم هو** : مجرد وعدا بالتحكيم ، لأنه ولئن ألزم الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالخضوع لنظام التحكيم ، فإن هذا التحكيم لايقوم إلا بإبرامهم مشارط التحكيم فى المستقبل ، والتى يحدد فيها الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " موضوع النزاع الذى نشأ فعلا بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدار الرابطة القانونية والذى تضمنه** - ويتم فيها تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى

---

(١) أنظر :

HAMONIC (G .) : L'arbitrage en droit . L . G . D . J . Paris . 1950 . P . 10 , 27 .

وانظر أيضا : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار ليها - بند ٩ ومايليه ص ١٥٨

النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . إذ لايتصور قيام تحكيم فى نزاع لم ينشأ بعد بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . كما لايتصور تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قبل نشأة أية نزاع بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، قد يقع ، وقد لايقع . وإذا وقع ، فقد يكون ذلك بعد فترة طويلة ، يكون فيها أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد وافتهم - **كلهم** ، **أو بعضهم** - المنية ، أو أصابهم عارضا ، أفقدهم صلاحيتهم للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . ومن ثم ، فإنه لايمكن عند إدراج شرط التحكيم فى العقد الأصلى المبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمنه** - سوى الوعد بالتحكيم [١] .

ويجد تعريف فقه القانون الوضعى المقارن المتقدم ذكره لشرط التحكيم سنده القانونى فيما قضت به المادة (١/١٠١) من القانون المدنى المصرى والتى تنص على أنه :

" **الإتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل ، لاينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها** " . فهو الحال فى شرط المدرج فى العقد الأصلى المبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - مصدر الرابطة القانونية ، **والذى تضمنه** - حيث يعد كل طرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " الأطراف المحتكمين الآخرين " **أطراف الإتفاق على التحكيم الآخرين** " بالخضوع لنظام التحكيم ، فيما يثور بينهم من منازعات ، قد تنشأ عن تفسير العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمنه** - أو تنفيذه فى المستقبل . لذلك

---

(١) أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٠ ص ١٥٩ .

يصح القول بأن شرط التحكيم - **كوعد بالتعاقد** - يعتبر عقدا بمعنـــى الكلمـــة يمهد لإبرام عقد آخر ، وهو مشارطة التحكيم .

ويستوى فى التحليل المتقدم أن يرد شرط التحكيم كبند من بنـــود العقـــد الأصلى المبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيـــم** " - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمنه** - أو فى اتفاق مستقل عنه ، ففـــى الحالتين يتميز شرط التحكيم - **كوعد بالتعاقد** - عن مشـــارطة التحكيـــم - **كعقد موعود به** . إذ بينما يتضمن الأول " **شرط التحكيم** " وعدا من كل مـــن الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " للأطراف المحتكميـــن الآخرين " **أطراف الإتفاق على التحكيم الآخرين** " **بإخضاع نزاع قـــد ينشـــأ بينهم فى المستقبل** ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينـــهم - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمنه** - لنظام التحكيـــم ، فـــإن الثانـــى " **مشارطة التحكيم** " يتضمن التزام أطرافه المحتكمين " **أطراف الإتفاق علـــى التحكيم** " بإخضاع نزاع نشأ فعلا بينهم لنظام التحكيم ، فضلا عـــن تســـمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم

ويثور التساؤل عن مدى حرية أطراف العقـــد الأصلـــى المـــبرم بيـــن الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيـــم " - **مصـــدر الرابطـــة القانونية ، والذى تضمن شرط التحكيم** - فى إبرام مشارطة التحكيم ، عنـــد نشأة النزاع المحتمل ، وغير المحدد فى المستقبل بينهم ، بمناسبة تفســـيره ، أو تنفيذه ، فهل تخضع هذه المسألة لمبدأ سلطان إرادة الأطراف المحتكميـــن " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ؟ .

إذا كان الرد على ذلك بالإيجاب ، فإن النظر إلى شرط التحكيم - **وباعتبـــاره عملا إراديا يتضمن الوعد بالتحكيم** - يقتضى القول بأنـــه إذا رفـــض أحـــد الأطراف المحتكمون " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " إبـــرام مشـــارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بمناسبة تفســـير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطـــة القانونيـــة ، والـــذى**

تضمن شرط التحكيم - فلايكون للأطراف المحتكمين الآخرين " **أطراف الإتفاق على التحكيم الآخرين** " سوى مطالبته بالتعويض ، عما أصابهم من أضرار ، بسبب إخلاله بشرط التحكيم . وينبنى على ذلك القول ، أن عدم موافقة أحد الأطراف المحتكمون " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " على إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمن شرط التحكيم** - يعنى عدم خروج النزاع موضوع شرط التحكيم من ولاية المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، واقتصار الأمر على مطالبة هذا الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " بالتعويض عن إخلاله عندئذ بشرط التحكيم .

ووفقا للرأى الراجح فى فقه القانون الوضعى المصرى ، فإن شرط التحكيم المدرج فى عقد من العقود - **وأيا كانت طبيعته ، وباعتباره وعدا بالتحكيم - ليس مجرد التزاما بعمل ، لايتخلف عن الإخلال به سوى التعويض ، وإنما يجب النظر إليه كالتزام قابل للتنفيذ العينى** ، وهو تنفيذا يفرضه القاضى العام فى الدولة على الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " المماطل فرضا ، مادام لم يقم بتنفيذه اختيارا ، إستنادا إلى ماقضت به المادة (١٠٢) من القانون المدنى المصرى ، والتى تنص على أنه :

" **إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط الازمة لتمام العقد وبخاصة مايتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم ، متى حاز قوة الشئ المقضى به مقام العقد** " .

فمفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أن حكم القاضى العام فى الدولة يحل محل إرادة الأطراف ذوى الشأن فى تنفيذ الوعد بالتعاقد ، متى حصل هذا الحكم القضائى على قوة الأمر المقضى [١] .

---

[١] أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٢ ص ١٦٣ ، بند ٣٦ ص ٢١٧ .

ويرى جانب من فقـــه القـــانون الوضعـــى المصـــرى [١] أن قـــانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لســـنة ١٩٦٨ - **وفـــى نصـــوص التحكيم الملغاه بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة " المـــواد (٥٠١) - (٥١٣) "** - لم يعالج قصور نص المادة (١٠٢) مـــن القـــانون المدنـــى المصرى . وخاصة ، بالنسبة لمسألة رفض أحد أطراف العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم** - إبـــرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيـــم ، أو عدم مشاركته فى تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى الـــنزاع موضوع شرط التحكيم ، وحلول القاضى العام فى الدولة ، والمختص أصـــلا بتحقيق النزاع موضوع شرط التحكيم ، والفصل فى موضوعـــه - لـــو لـــم **يوجد اتفاقا على التحكيم** - محل إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى عرض النزاع على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه .

إذ كانت المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعـــات المصـــرى الحـــالى رقـــم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيـــم المصـــرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة** - تنص على أنه :

" **يجب تعيين أشخاص المحكمين فى الإتفاق علـــى التحكيـــم ، أو فـــى اتفاق مستقل** " ، مما كان يثير التساؤل عن الحل الواجب الإتباع ، فيما لو لم يحصل هذا التعيين ، لاختلاف الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق علـــى التحكيم** " حول أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى الـــنزاع موضوع شرط التحكيم .

---

[١] أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - ص ٢١٧ ومابعدها .

فضلا عن أن المشرع الوضعي المصري وفي نص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصري الحالي رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية** - لم يكن يبين جزاء على مخالفة الإلتزام الوارد فيها .

ومن جانبنا ، نرى أن الموقف الذي سبق أن انتهجته محكمة النقض الفرنسية في ظل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، كان أكثر حظا من الرأي السائد فقه القانون الوضعي في مصر من مسألة مدى حرية أطراف **العقد الأصلي - مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم - في** إبرام مشارطة التحكيم في المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم بمناسبة تفسير العقد الأصلي - **مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم** - لاتفاق الحل الذي تبنته مع طبيعة نظام التحكيم - **كوسيلة مرنة فعالة ، وسريعة للفصل في المنازعات** - وهذه الطبيعة لاتتفق مع إمكانية حصول الطرف صاحب المصلحة في عرض النزاع على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم على حكم قضائي ، من القضاء العام في الدولة ، يكون حائزا لقوة الأمر المقضي ، ومايكتنف ذلك من صعوبات ، تتعلق بإجراءات التقاضي العام في الدولة ، ومايستلزم ذلك من وقت طويل نسبي ، مما لايحقق الغرض المقصود من التجاء الأفراد والجماعات إلى نظام التحكيم ، وهو سرعة الفصل في منازعاتهم ، وتفادي الإلتجاء إلى إجراءات التقاضي العادية ، والتي قد تستغرق وقتا طويلا . ولأجل ذلك ، ولتفادي مايواجه الطرف صاحب المصلحة في عرض النزاع على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم من صعوبة في الحصول على حكم قضائي ، من القضاء العام في الدولة ، يكون حائز لقوة الأمر المقضي ، لما يستغرقه ذلك من وقت قد يطول في بعض الأحيان .

وكذلك ، معالجة قصور المادة (١٠٢) من القانون المدنى المصرى ، فقد كان من الازم أن يتدخل المشرع الوضعى المصرى بنص يسمح باتباع الحل المقرر فى القانون الوضعى الفرنسى - **والمنوه عنه من قبل** . ونتيجة لذلك ، فقد خولت المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية للطرف ذى المصلحة أن يلجأ إلى القضاء العام فى الدولة ، ويطلب منه تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم** - فيقوم حكم القاضى العام فى الدولة مقام الإتفاق على التحكيم ، حيث يفرض شرط التحكيم على أطراف العقد الذى تضمنه ، بحيث ينفذ فرضا .

والخلاف الذى قد يثور بين أطراف شرط التحكيم ، ويكون من شأنه الحيلولة دون اضطلاع هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم بمهمتها التحكيمية ، لاينبغى أن يحول دون تنفيذ شرط التحكيم . بحيث إذا اختلف أطراف شرط التحكيم حول تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم** - فإنه يجوز لأى منهم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع شرط التحكيم ، إذا تعلق الأمر بتحكيم داخلى . ولرئيس محكمة استئناف القاهرة - **مالم يتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على اختصاص رئيس محكمة استئناف أخرى فى مصر** - فى حالة التحكيم التجارى الدولى " **المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** " (١)

---

(١) تنص المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" ١- يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا ، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج ، فيكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر .

الأمر بإلزام خصمه بالمشاركة فى هذا التعيين ، فى مدة معينة ، وإلا قامت هذه المحكمة بهذا التعيين من تلقاء نفسها ، واتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لمباشرة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم لمهمتها التحكيمية .

فضلا عن التزام الطرف المذكور بالتعويض ، متى كان له مقتض (١) .

---

٢ - وتظل المحكمة التى ينعقد لها الإختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الإختصاص حتى إنتهاء جميع إجراءات التحكيم " .

(١) فى بيان طبيعة شرط التحكيم المدرج فى عقد من العقود - وأيا كانت طبيعته - للفصل فى نزاع محتمل ، وغير محدد ، والذى يمكن أن ينشأ فى المستقبل ، بمناسبة تفسيره ، أو تنفيذه فى القانون الوضعى المصرى ، والفرنسى المقارن ، وجزاء الإخلال به ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٣١ ومايليه ص ٨١ ومابعدها .

المبحث السادس

التحكيم الإختيارى هو

الصورة العامة لنظام التحكيم .

تمهيد ، وتقسيم :

التحكيم الإختيارى هو الصورة العامة لنظام التحكيم وهى التى ينظمها القانون الوضعى المصرى للتحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية . ويبدأ هذا التحكيم بعقد ، يتفق فيه الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على الفصل فى النزاع الذى نشأ فعلا بينهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " **مشارطة التحكيم** " أو النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، والذى يمكن أن ينشأ بينهم فى المستقبل " **شرط التحكيم** " ، عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئة غير قضائية " **هيئة تحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** " ، دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه . وقد يبرم هذا العقد بصدد نزاع معين ، نشأ بالفعل لحظة إبرامه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . ويسمى عندئذ **مشارطة التحكيم** **Le compromis** ، أو يبرم تبعا لعقد آخر ، للفصل فى النزاع المحتمل ، وغير المحدد لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، والذى يمكن أن ينشأ فى المستقبل عن تفسيره ، أو تنفيذه ، بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . ويسمى عندئذ : **شرط التحكيم** **La clause compromissoire** [1] .

---

(١) فى دراسة قواعد ، وأحكام الإتفاق على التحكيم ، أنظر : **المؤلف** – إتفاق التحكيم ، وقواعده فى قانون المرافعات ، وقانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ – الرسالة المشار إليها ، عبد الحميد

فلايعرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه - دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل في موضوعه - إلا باتفاق الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " على ذلك ، خلاف نظام التحكيم الإجبارى - كنظام التحكيم الذى كان منصوصا عليه في قانون القطاع العام المصرى ، والذى صدر القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ فى شأن شركات قطاع الأعمال العام بالغائه ، بما تضمنه من نصوص التحكيم الإجبارى التى كانت واردة فيه .

وتسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول :

مفهوم التحكيم الإختيارى ، والتحكيم الإجبارى ، وأساس التفرقة بينهما .

المطلب الثانى :

نظام التحكيم الإجبارى فى القانون الوضعى الفرنسى .

المطلب الثالث :

نظام التحكيم الإجبارى فى القانون الوضعى المصرى .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

منشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ١٩٩٥ - ص ٢٧ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - ص ٣٦ ومابعدها ، عبد الحميد الشوارى - التحكيم ، والتصالح - ١٩٩٦ - ص ٣٧ ومابعدها .

المطلب الأول

مفهوم التحكيم الإختيارى ، والتحكيم الإجبـــارى ، وأساس التفرقة بينهما .

لايتخذ نظام التحكيم – **كنظام للفصل فـــى المنازعـات بيـن الأفـراد والجماعات** – صورة واحدة في الممارسة العملية ، وإنمـا تتعـدد صـوره وأشكاله ، بحسب مالإذا كان يستند إلى اتفاق خاص ، ويكون الإلتجـاء إليـه بإرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو أن الإلتجـاء إليه يكون أمرا مفروضا على الخصوم ، بنـص قـانونى وضعـى خـاص يفرض على الأفراد ، والجماعات نظام التحكيم ، للفصل فـى بعـض مـن المنازعات ، ويجعله أمرا واجبا لايستطيع الخصوم معه رفع منازعاتهم إلـى القضاء العام فى الدولة " **التحكيم الإختيارى ، والتحكيم الإجبارى** " .
أو بحسب ماتكون عليه السلطة الممنوحة لهيئة التحكيم المكلفة بـالفصل فـى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـارطة** – عنـد قيامها بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، هل تكون ملتزمة بتطبيـق قواعـد القانون الوضعى الموضوعى ، أم غير ملتزمة بتطبيقها " **التحكيم بالقضـاء (التحكيم العادى)** ، **والتحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بـالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم "** ؟ .

وقد يختلف أسلوب نظام التحكيم الذى يصاغ فيه ، فى ضـوء اختيـار أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لطريقة التحكيم ، وكيفية الفصل فى منازعاتهم ، بحسب مالإذا كان الفصل فيها بيـن الأطـراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، يتم فى إطار مراكز ، أو مؤسسات دائمـة

لنظام التحكيم ، تتم الإحالة إليها ، وإلى قواعدها ، فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - أو أن يتخذ التحكيم صورة اتفاق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على إجراءات التحكيم ، وفق مايحقق المصلحة الخاصة بهم ، مسترشدين بما ورد من القواعد التشريعية الوضعية المتعلقة بنظام التحكيم - **سواء وردت ضمن قواعد قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، أم وردت فى شكل قانونى خاص " كقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** " - ملتزمين بما يكون منها نصوصا قانونية وضعية آمرة " **التحكيم الحر ، والتحكيم المقيد** " (١) .

ونظام التحكيم قد يكون إختياريا **volontaire** ، وقد يكون إجباريا **Force** (٢) . ويختلف هذان النوعان من نظام التحكيم من حيث مبدأ

---

(١) فى دراسة أنواع التحكيم ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٦٨ ومايليه ص ٢٥٤ ومابعدها ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١١ ومايليه ص ١٤ ومابعدها .

(٢) فى دراسة التحكيم الإجبارى ، أنظر :

EMILE - TYAN : Le Droit de l'arbitrage . P . 235 et s ; JEAN ROBERT : Arbitrage civile et commercial en droit interne . T . 1 . troisieme edition . 1961 . Edition Sirey . P . 15 et s ; Repertoire De Droit civile . Deuxieme edition. T . 111 . 1987 . N . 51 et s .

وانظر أيضا : شمس مرغنى على - التحكيم فى منازعات المشروع العام - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - عالم الكتب بالقاهرة - ١٩٧٣ - ص ٤٩٥ ومابعدها ، محمدى منصور - نظام التحكيم فى القطاع العام - مقالة منشورة بمجلة المحاماة المصرية - يناير سنة ١٩٧١ - ص ١٧١ ومابعدها ، محمد عبد الخالق عمر - نظام التحكيم فى منازعات القطاع العام - مقالة منشورة فى مجلة القانون ، والإقتصاد - تصدرها كلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٦٢ - العدد الثانى - ص ٧١ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٣٤ ومايليه ص ٣٣١ ومابعدها ، حسنى المصرى

الإلتجاء إليه ، فيكون نظام التحكيم إختياريا ، إذا كان الإلتجاء إليـــه بـإرادة الأطراف ذوى الشأن ويستند إلى اتفاق خاص ، ويستمد وجوده مـــن هـذا الإتفاق ، والذى يخضع للقواعد العامة فى النظرية العامة للعقد بصفة عامـة ، فضلا عن القواعد الخاصة المنصوص عليها فى قوانين المرافعات المدنيـة ، والتجارية ، أو المنصوص عليها فى القوانين الخاصة المنظمـة للتحكيـم - **كقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فـى المواد المدنية والتجارية .**

فنظام التحكيم يكون إختياريا ، إذا لم يكن الإلتجاء إليه أمرا مفروضـا علـى الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - أى إذا كان الإلتجـاء

- نظرية المشروع العام - ١٩٧٩ - دار النهضة العربية بالقـاهرة - ص ٢٧١ ومابعدهـا ، أمينـة مصطفى النمر - قوانين المرافعات - الكتاب الثالث - ١٩٨٢ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بنـد ٨٦ ، ٨٧ ص ١٥٦ ومابعدها ، فتحى والى - التنفيذ الجبرى - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقـاهرة - بند ٥٠ ومايليه ص ٩٩ ومابعدها ، محمد محمد يحيى - التحكيم الإجبارى فى القـانون المصـرى - محاضرة فى مؤتمر التحكيم ، والذى نظمه مجمع تحكيم الشرق الأوسط ، والبحر المتوسط فى القـاهرة - فى الفترة من ٧ - ١٢ يناير سنة ١٩٨٩ - عن المشكلات الأساسية فى التحكيم الدولى من منظور التطويـر ، محمود محمد هاشم - قواعد التنفيذ ، وإجراءاته فى قانون المرافعات - ط٢ - ١٩٩١ - دار الفكـر العربى بالقاهرة - بند ١٠٨ ص ٢١٢ ، ٢١٣ ، محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقيـة لسلطات المحكين - ص ٦١ ومابعدها ، أحمد محمد مليجى موسى - التنفيذ - ١٩٩٤ - دار النهضـة العربية بالقاهرة - بند ١٧٥ ، محمد محمود إبراهيم - أصول التنفيذ الجبرى - ١٩٩٤ - دار الفكـر العربى بالقاهرة - ص ٩٠ ومابعدها ، عبد الحميـد الشـوارىى - التحكيـم - ١٩٩٥ - ص ٢٣ ومابعدها ، ص ٣٧٩ ومابعدها ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بنـد ٦٩ ومايليه ص ٢٥٥ ومابعدها ، وجدى راغب فهمى - التنفيـذ القضـائى - ١٩٩٥ - ص ١٣٠ ، ١٣١ ، عبد الحميد الشوارى - التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقـه ، والقضـاء ، والتشـريع - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - ص ٣٧٩ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول - أصـول التنفيذ الجبرى - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٣٥ ومايليه ص ٢٥٥ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولايـة القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٤ ومابعدها .

إليه يتم بمحض إرادة الخصوم " **أطراف المنازعة ، المراد الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم** " بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد والجماعات – **وأيا كان ، موضوعها** – إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، وهذا هو الأصل فى نظام التحكيم [١] .

فبالنظر إلى الصفة الإستثنائية لنظام التحكيم ، فإن الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** – قد تركت للأفراد ، والجماعات حرية الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم التى يجوز فيها الصلح .

ومن ثم ، فإن نظام التحكيم لايوجد للفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات – **كأصل عام** – إلا بموجب اتفاق ، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة – **سواء تمثل هذا الإتفاق فى عقد وطنى ، أو فى عقد دولى ، أو فى نظام شركة أسهم** – **وهذا النوع من أنواع التحكيم يرتكز على دعامتين أساسيتين ، وهما :**

الدعامة الأولى :

الإرادة الذاتية للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

---

[١] أنظر : **محمد عبد الخالق عمر** – النظام القضائى المدنى – ص ٩٩ ومابعدها ، **أميرة صدقى** – النظام القانونى للمشروع العام ، ودرجة أصالته – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٧١ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٧٦ ومابعدها ، **إبراهيم على حسن** – التحكيم فى منازعات شركات القطاع العام – ورقة عمل مقدمة ضمن أعمال مؤتمر العريش – فى سبتمر سنة ١٩٨٧ – حول التحكيم فى القانون الداخلى ، والقانون الدولى – ص ٢٣٧ ومابعدها ، **سعد الليثى ناصف** – هيئات التحكيم المشكلة للفصل فى منازعات الحكومة ، والقطاع العلم – مقالة منشورة فى مجلة المحاماه المصرية – السنة السادسة ، والخمسون – العددان الخامس ، والسادس – ص ص ١٥١ – ١٧٦ .

والدعامة الثانية :

إقرار الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - لهذه الإرادة [١] .

فالإرادة الذاتية للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " تعتبر أحد الأركان التى يقوم عليها نظام التحكيم الإختيارى ، حيث أن لها دورا أساسيا فى إيجاد مثل هذا النظام القانونى الإستثنائى ، للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، مشاركا فى ذلك القضاء العام فى الدولة ، صاحب الإختصاص الأصيل بالفصل فيها - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص [٢] ، ولكن تظل هذه المشاركة بقدر وتحت إشرافه [٣] ، [٤] .

وإذا كان ماتقدم هو الأصل ، فإن هذا لايمنع الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - من أن تجعل من نظام التحكيم فى بعض المنازعات بين الأفراد ، والجماعات أمرا واجبا ، لايملكون معه رفعها

---

(١) أنظر : **أحمد أبو الوفا** - التحكيم بالقضاء ، وبالصلح - ط١ - ١٩٩٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١١ ومابعدها .

(٢) فى دراسة مبدأ إحتكار القضاء العام فى الدولة للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، أنظر
DAVID RENE : L'arbitrage commercial international . P . 74 et s
وانظر أيضا : **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١٤ ومايليه ص ٣٦ ومابعدها .

(٣) أنظر : **أحمد مسلم** - أصول المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٦١ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ٣٢ .

(٤) فى استعراض التطبيقات القضائية بشأن نظام التحكيم الإختيارى ، أنظر : **عبد الحميد المنشاوى** - التحكيم - ١٩٩٥ - ص ٨٤ ومابعدها .

أمام القضاء العام فى الدولة ، والذى لاتكون له فى هذه المنازعـات سلطة الفصل فيها إبتداء ، وإنما يتعين على الأفراد ، والجماعات - **أطـراف هـذه المنازعات** - إن أرادوا الفصل فيها ، الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، وهذا النوع من نظام التحكيم هو مايعرف بالتحكيم الإجبارى [١] ، [٢] ، [٣] .

---

[١] وقد أثار نظام التحكيم الإجبارى جدلا فى فقه القانون الوضعى المقارن حول تكييفه ، لدرجة أن جانبا منه قد ذهب إلى أن نظام التحكيم الإجبارى لايعد تحكيما بالمعنى الفنى الدقيق ، حيث تنعدم الإرادة الذاتية للأطراف المحتكمين فيه ، أنظر :

MOTULSKY : Note sous Paris . 17 Juillet . 1950 ; Ecrits . T . 1 . Etudes et Notes de procedures civile . preface de G . CORNU et J . FOYER . Dalloz . P . 311 . Ecrits . T . 11 . p . 18 et s . P . 122 ; KELIN : Considerations sur l'arbitrage en droit international prive . Bale . 1955 . N . 17 ; Rigaux Souverainte des Etats et arbitrage transnational in le droit des relations economiques . Etudes offerts a B . GOLDMAN . Litec . 1983 . P . ; FOUCHARD : La nature juridique de l'arbitrage du tribunal des differends irangamesicans . Cahiers du C E D. IN . 1 er journie dactualite international . 19 Avril . 1984 . Avant propos de B . STERNE . p . 32 ;

وانظر أيضا :

Paris . 5 Avr . 1973 . Rev . Arb . 1974 . P . 17 ; Paris . 5 Dec . 1970 . Rev . Arb . 1972 . P . 77 .

وانظر أيضا : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمـين - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٤ ، ١٥ ، ٦٤ ومابعدها .

[٢] فى بيان أثر افتقار نظام التحكيم للعنصر الإرادى ، أو تغليب هذا العنصر على العنصر القضـائى ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٦٣ ومابعدها .

[٣] فى بيان الخلاف فى فقه القانون الوضعى المقارن حول طبيعة نظام التحكيم الإجبارى ، أنظر : محمـد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٦٤ ومابعدها .

ويجب عدم الخلط بين نظام التحكيم الإجبارى ، ونظام القضاء العام فى الدولة ، عندما يصدر العمل من هيئات قضائية إستثنائية .

إذ أن القضاء الإستثنائى يعد من القضاء العام فى الدولة . ولذلك ، فإن القرار الصادر منه يكون له القوة لتنفيذية - **شأنه فى ذلك شأن القرار الصادر من القضاء العام فى الدولة .**

أما فى نظام التحكيم الإجبارى ، فإن القرار الصادر من هيئة التحكيم - **والتى يلتزم الأطراف ذوى الشأن بالإلتجاء إليها ، للفصل فى منازعاتهم** - لايحوز القوة التنفيذية ، إلا بعد شموله بأمر التنفيذ ، والذى يصدر من **القضاء العام فى الدولة ، إذ هو قرارا تحكيميا** (١) .

فضلا عن أن الهيئة التى تنظر النزاع فى القضاء الإستثنائى تتكون من أشخاص دائمين .

بينما فى نظام التحكيم الإجبارى ، فإن هيئة التحكيم تشكل بالنظر إلى كل نزاع على حدة .

كما أن أعضاء القضاء العام فى الدولة لايختارون بواسطة أطراف النزاع المعروض عليهم ، للفصل فيه . بينما يختار الأطراف ذوو الشأن بعض أعضاء هيئة التحكيم الإجبارى (٢) .

---

(١) أنظر : **محمود سمير الشرقاوى** - التحكيم الإجبارى فى مصر - ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم التجارى الدولى - المنعقدة بالقاهرة ، فى الفترة من ٢٨ - ٣١ مارس سنة ١٩٨٨ - ص ١٧ ومابعدها ، **إبراهيم على حسن** - التحكيم فى منازعات شركات القطاع العام مابين الواقع التشريعى ، والتطور - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم بالعريش ، والمنعقدة فى الفترة من (٢٠) إلى (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٨٧ - ص ص ٢٣٧ - ٢٥٤ .

(٢) أنظر : **محمد حلمى عبد المنعم** - التحكيم الإجبارى - ط١ - ١٩٧٠ - ص ١٦ ومابعدها ، **عبد الجليل بدوى** - التحكيم الإجبارى لمنازعات القطاع العام - مقالة منشورة فى مجلة هيئة قضايا الدولة - السنة رقم (٣٣) - ص ص ١٥٠ - ١٦٥ ، **عادل فخرى** - التحكيم بين العقد ،

وتعتبر البلاد الإشتراكية هى أول من أخذ بنظام التحكيـــم الإجبـــارى - **كطريق قضائى للفصل فى المنازعات بين المشـــروعات العامـــة** - وســـلك طريقه من خلال بعض دول الديمقراطيات الشعبية ، ثم انتشر بعد ذلك فـــى دول أخرى [1] .

والإختصاص القضائى - مقالة منشورة فى مجلة المحاماة المصرية - السنة رقم (٥١) - ســـنة ١٩٧١ - ص ص ٥٠ - ٥٧ ، حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - بند ٢٩ ، ٣٠ ص ١٨٩ ومابعدها

[1] أنظر : شمس مرغنى على - التحكيم فى منازعات المشروع العام - ص ٥ ومابعدها ، فتحـــى والى - مبادئ قانون القضاء المدنى - ط١ - ١٩٨٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بنـد ٢٣ ص ٤٢ ، أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص ١٨٠ .

المطلب الثانى
نظام التحكيم الإجبارى فى القانون الوضعى الفرنسى .

صدرت العديد من القوانين الوضعية فى فرنسا ، والتى كانت قد نظمت تحكيما إجباريا ، للفصل فى بعض المنازعات ، بحيث أن الدولة الفرنسية كانت قد جعلت من التحكيم فيها أمرا واجبا ، لايملك معه الأطراف ذوو الشأن رفعها إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، الجماعات - وأيا كان موضوعها - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، ولاتكون عندئذ للقضاء العام فى الدولة سلطة الفصل فيها إبتداء ، وإنما يتعين على الأطراف ذوى الشأن إن أرادوا الفصل فيها ، الإلتجاء إلى نظام التحكيم الإجبارى المقرر بنصوص قانونية وضعية خاصة ، تحدد كيفية تشكيل هيئات التحكيم الإجبارى ، وكيفية تقديم طلبات التحكيم إليها ، والإجراءات المتبعة أمامها للفصل فيها ، ومدى ماتتمتع به قراراتها التحكيمية من حجية ، وقوة تنفيذية وطبيعتها القانونية ، وطرق الطعن فيها ، وما إلى ذلك من الأحكام القانونية المنظمة لمثل هذا النوع من التحكيم الإجبارى **Arbitrage Force** .

ومن تطبيقات نظام التحكيم الإجبارى فى فرنسا ، ماكان منصوصا عليه من تحكيم إجبارى ، بالنسبة لبعض المنازعات ، فى المواد (٥١) ومابعدها من المجموعة التجارية الفرنسية ، وهى المنازعات التى تقع بين الشركاء بسبب شركة تجارية .

وكان يقصد بالشركة التجارية فى هذا الصدد :

ليس فقط الشركة التجارية بسبب موضوعها Selon son objet - والتى كان يعبر عنها قديما فى فرنسا بشركة التجارة Societe de commerce - وإنما يقصد بها أيضا الشركة التجارية بحسب شكلها Selon sa forme .

وكان يخضع لهذا التحكيم الإجبارى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الشركاء ، أو المساهمين فى الشركات التجارية ، ولايخضع له الشركاء ، أو المساهمون الأوائل الذين وقعوا على عقد الشركة ، أو صادقوا على نظامها فحسب ، بل يخضع له أيضا الشركاء ، أو المساهمون الذين انضموا إلى الشركة أثناء حياتها ، عن طريق شراء الحصص ، والأسهم ، أو الإكتتاب فى زيادة رأس مال الشركة .

وكان يقصد بالمنازعات بين الشركاء ، أو المساهمين - والمنصوص عليها فى المواد (٥١) ومابعدها من المجموعة التجارية الفرنسية :

جميع المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن عقد الشركة - سواء تعلقت بالعقد ذاته ، أم بتنفيذه ، أم بنزاع يقتضى مباشرة دعوى الشركة قبل الشركاء ، أو دعوى الشركاء ضد الشركة ، أو بطلان جمعيتها العامة ، أو المتعلقة بمسئولية المديرين ، وأعضاء مجلس الإدارة ، أو بمطالبة الشركاء ، أو المساهمين بأداء الحصص التى تعهدوا بتقديمها للشركة ، أو برد ماحصلوا عليه من أرباح صورية (١) .

---

(١) أنظر :

HAMONIC (G .) : L'arbitrage en droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1950 . N . 17 et s ; HAMEL et LAGARD : Traite elementaire de droit commercial . Dalloz . Paris . 1954 . P P . 522 et ss .

وقد ألغيت المواد (٥١) ومابعدها من المجموعة التجارية ، بواسطة قانون (١٧) يوليو سنة ١٨٥٦ . وبالرغم من ذلك ، فقد صدر قانونا وضعيا فرنسيا فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، عقب انضمام فرنسا إلى بروتوكول جينيف لعام ١٩٢٣ ، مقررا للمرة الأولى صحة شرط التحكيم فى المواد التجارية ، من خلال إضافة الفقرة الأخيرة للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية ، والتى نصت على أنه :

" يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ بينهم من منازعات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما سبق " .

وهذه المنازعات هى :

١ - المنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بين التجار .

٢ - المنازعات التى تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية .

٣ - المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين الأفراد .

والمنازعات التى تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية كانت هى نفسها المنازعات المنصوص عليها فى المواد (٥١) ومابعدها من المجموعة التجارية الفرنسية ، والتى كانت تقرر تحكيما إجباريا ، قبل إلغائها بواسطة القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى السابع عشر من شهر يوليو سنة ١٨٥٦ ، وجاء القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى الحادى ، والثلاثين من شهر ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، مقررا إمكانية إدراج شروط التحكيم فى النظم الأساسية للشركات التجارية فى فرنسا ، على أساس نظام التحكيم الإختيارى وليس على أساس نظام التحكيم الإجبارى .

فضلا عن أنه كانت قد صدرت العديد من القوانين الوضعية فى فرنسا - **وفى فترات محددة** - والتى كانت قد نظمت تحكيما إجباريا فى العديد من

المنازعات ، وظلت سارية خلال فترات محددة فى فرنسا ، ثم ألغيت بعد ذلك بنصوص قانونية وضعية صريحة [1] .

فقد تقرر الأخذ بنظام التحكيم الإجبارى فى فرنسا فى منازعات العمل الجماعية ، فى فترات محدودة ، وفى ظل ظروف إستثنائية ، ثم أعيد بعد ذلك الأخذ بنظام التحكيم الإختيارى فيها [2] .

فبعد المبادرات الذاتية لأصحاب الأعمال ، والعمال - والتى كانت تهدف إلى إقامة نظم خاصة للتوفيق ، والتحكيم فيما بينهم - تدخل المشرع الوضعى الفرنسى فى عام ١٨٩٢ - وعلى استحياء شديد - ليضع حدا للصعوبات التى تثيرها علاقات العمل فى مظهرها الجماعى [3] .

حيث صدر أول قانون للتوفيق ، والتحكيم فى فرنسا ، والذى تضمن نظاما للتوفيق ، وآخر للتحكيم ، كلاهما كان نظاما إختياريا بحتا .

فقد جعل مبادرات التوفيق من اختصاص قاضى الصلح . فإذا لم تتم تسوية النزاع بالتوفيق ، دعى الأطراف لتعيين محكمين ، يختارونهم بأنفسهم . وكان التحكيم إختياريا بمعنى مزدوجا .

فمن ناحية ، فإن النزاع كان لايعرض على التحكيم إلا بموافقة الطرفين . ومن ناحية أخرى ، فإن تنفيذ قرار التحكيم كان يتوقف على الرغبة الخالصة

---

(١) فى استعراض هذه النصوص القانونية الوضعية المتفرقة فى القانون الفرنسى ، والتى كانت تقرر تحكيما إجباريا فى فرنسا ، فى فترات زمنية محدودة ، أنظر :

JACQUELINE – RUBELINE – DEVICHI : Juris – Classeur . procedure civile . 1986 . Fasc . 1005 . N . 19 et s .

(٢) فى بيان ماهية المنازعات العمالية الجماعية بأنواعها المختلفة ، أنظر : عبد القادر الطورة - قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية - الرسالة المشار إليها - بند ٦٥ ومايليه ص ١١٣ ومابعدها .

(٣) أنظر : عبد القادر الطورة - قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية - الرسالة المشار إليها - بند ٣٦ ومايليه .

للطرفين ، وكان ذلك هو سبب فشل هذا القانون [١] ، بل فشل بسرعة بسبب نقص فيه منذ مولده .

ولذلك ، فمنذ صدور هذا القانون ، وخلال كل عشر سنوات - **وبصورة منتظمة** - كانت تعرض مشروعات قوانين وضعية فرنسية متنوعة ، لتحسين ماصلح من أحكامه ، وتلافى عيوبه ، لكن تلك المشروعات لم تنجح [٢] .

وأخيرا - **وفى عام ١٩٣٦** - تعرض نظام التحكيم الجماعى فى فرنسا لتعديلات جوهرية ، فكانت بداية عصره الذهبى ، حيث ساد التحكيم الإجبارى فى فرنسا ، وأخذ به فى فترة محدودة ، من سنة ١٩٣٦ ، وحتى سنة ١٩٣٩ ، بموجب قانون ٣١ /١٢/ ١٩٣٦ ، وقانون ١٩٣٨/٣/٤ ، وكان نظاما مؤقتا ، جرى تجديده مرتين فى تلك الفترة القصيرة .

وبالرغم من أن تطبيق هذا النظام قد أظهر فاعلية سريعة - **سواء بالنسبة لتسوية المنازعات سلميا ، أو بالنسبة للحد من الإضطرابات ، ونجاحه فى استنباط مبادئ هامة فى مجال العمل** - إلا أن المشرع الوضعى الفرنسى عاد - **وفى سنة ١٩٥٠** - للأخذ بنظام التحكيم الإختيارى السائد حاليا - **والذى ثبت عدم فاعليته** [٣] ، [٤] ، [٥] ، [٦] .

---

(١) فى بيان الأسباب التى حالت دون الأخذ بنظام التحكيم الإجبارى فى فرنسا ، فى منازعات العمل الجماعية ، أنظر : عبد القادر الطورة - قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية - الرسالة المشار إليها - بند ٦٤ ومايليه ص ١٠٩ ومابعدها .

(٢) فى استعراض مراحل تطور نظام التحكيم الجماعى فى منازعات العمل فى فرنسا ، أنظر : عبد القادر الطورة - قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية - الرسالة المشار إليها - بند ٥٥ ص ٩٣ ومابعدها .

(٣) والأمر يتعلق بالمنازعات المتعلقة بمنح إجازة للتدريب **conges formation** .

مع ملاحظة مايدخل من منازعات فى اختصاص مجـــالس المنازعـــات الفردية **Conseil de prud hommes** ، والتى لها ولايـــة النظـــر فـــى منازعات العمل الفردية ، دون غيرها من الهيئات القضائية الأخرى - مـــهما كانت قيمة النزاع [1] ، [2] .

فالمادة (٦/٩٣١) من قانون العمل الفرنسى تنص على أن الإستفادة من الإجازة المطلوبة يكون حقـــا ، فيما عدا الحالة التى يعتقد فيها صاحب العمل - وبعد أخذ رأى لجنة هيئـــة المشـــروع **comite dentreporise** ، أو إذا لم يوجد مفوضين عن الأشخاص - أن هذا الغياب يمكن أن يترتب عليـــه نتائج ضارة - أى أن يكون له أثرا سيئا على الإنتاج ، وسير العمل فى المشروع .

وفى حالة الخلاف ، فإن يمكن عرض الأمر على مفتش العمل المراقـــب للمشـــروع ، ويمكـــن أن يتخـــذ كمحكم .

وعلى نفس المنوال - وبنفس المفهوم - نجد الصياغة ذاتها فى المواد (١٤/٩٣١) ، (٨٢٤/٩٩١) مـــن قانون العمل الفرنسى ، (٣/٣٨٠) من القانون الوضعى الفرنسى رقم (٨٥ - ٧٧٢) ، والصـــادر فى الخامس ، والعشرين من شهر يوليو سنة ١٩٨٥ . فى دراسة أحكام شروط الإلتجاء إلى نظام التحكيـــم الإختيارى فى منازعات العمل الجماعية فى فرنسا ، أنظر : عبد القادر الطورة - قواعـــد التحكيـــم فى منازعات العمل الجماعية - الرسالة المشار إليها - بند ١٦٢ ومايليه ص ٢٨٩ ومابعدها .

(٤) فى دراسة نظام الحكم الجماعى فى القانون الوضعى الفرنسى ، أنظر : عبد القادر الطورة - قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية - الرسالة المشار إليها - بند ٢٤ ومايليه ص ٢٢٢ ومابعدها

(٥) فى بيان الطبيعة القانونية لمثل هذا النوع من التحكيم ، أنظر : محمد نور عبد الهـــادى شـــحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٦٨ ومايليه .

(٦) فى دراسة حالات أخرى لنظام التحكيم الإجبارى فى القانون الوضعى الفرنسى ، أنظر :

G . FIECHEUX : Le commission arbitrale des journalistes . Rev . Arb . 1964 . P . 34 et s ; **JACQUELINE - RUBELIN - DEVICHI** : Juris - Classeur . N . 20 et s ; **JEAN - ROBERT** : Arbitrage . Droit interne . 5 edition . 1983 . Dalloz . N . 56 et s .

(١) فقد أجاز قانون العمل الفرنسى التحكيم فى منازعات العمل الفردية ، بموجب القـــانون الوضعـــى الفرنسى رقم (٧٩) - ٤٤ ، والصادر بتاريخ ١٩٧٩/٤/١٨ ، فى حالة وحيدة ، وهـــى حالـــة

فلا يخفى الأهمية العملية ، والمزايا الحقيقية التى يحققها نظام التحكيم فى الفصل فى منازعات العمل الفردية . وخير دليل على ذلك ، أننا نشهد بعض الدول قد أجازت الأخذ بنظام التحكيم فى منازعات العمل الفردية بشكل صريح ، ولكن بشروط معينة ، أو فى حالات محددة [١] .

الإتفاق على التحكيم بعد انتهاء عقد العمل ، وهى حالة إستثنائية بالنسبة لاختصاص مجالس المنازعات الفردية **Conseil de prud hommes** ، والتى لها ولاية النظر فى منازعات العمل الفردية ، دون غيرها من الهيئات القضائية الأخرى – مهما كانت قيمة النزاع – أنظر :

ROBERT (J .) : Traite de l'arbitrage civile et commercial . Vo . . Droit interne . 1960 . Dalloz . Paris . 4ed . N . 6 et s ; FOUCHARD (P .) : L'arbitrage commercial international . 1965 . Paris . P . 9 et s ; J . NORMAND : Les conflits individuels du travail et l'arbitrage apres la loi du 6 Mai 1982 . Rev . Arb . 1982 . 169 et ss ; G . H . CAMERLYNCK : Droit du travail . Dalloz . 1984 . 12 ed . N . 992 et s ; JEAN ROBERT : L'arbitrage de conflits du travail . Gaz . 1980 . P . 268 et s ; J . NORMAND : op . cit . , P . 169 et s .

وانظر أيضا : أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٩٧ ومابعدها .

(٢) فى تحديد مفهوم المنازعات الفردية للعمل ، والتمييز بينها وبين منازعات العمل الجماعية ، أنظر :

MOTULSKY : L'arbitrage dans les conflits du travail . avec la collaboration de R . PLAISANT , Rev . Arb . 1956 . P . 78 . in ecrts . T . 11 . P . 113 et s , N . 3 .

وانظر أيضا : عبد القادر الطورة – قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – الرسالة المشار إليها – بند ٦٥ ومايليه ص ١١٣ ومايليه .

(١) أنظر : سمير وهبة أسكندر – التحكيم ، ودوره فى تسوية منازعات العمل الفردية – القاهرة – ١٩٨٥ – الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية .

ويمكن الإشارة فى هذا الشأن إلى القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى التاسع ، والعشرين من شهر مارس سنة ١٩٣٥ ، والذى أنشأ لجنة تحكيم الصحفيين **Commission arbitrale des journaliste** ، وموضوعه هو الفصل فى المنازعات المتعلقة بتعويض صحفى ، أنهى خدمته بعد أكثر من خمسة عشر عاما من الخدمة – **أى بعد أقدمية فى العمل مدتها خمسة عشر سنة** – وعزل هذا الصحفى لتكرار إقترافه لخطأ جسيم . وعندئذ ، تشكل لجنة تحكيم من اثنين من المحكمين ، يتم تعيينهم بواسطة المنظمات المهنية لأصحاب العمل ، ويرأسها أحد القضاة ، وتنتهى الإجراءات بحكم لايحتاج إلى أمر بتنفيذه من القضاء العام فى الدولة .

ويتداخل عمل هذه الهيئة مع لجان فض منازعات العمل الفردية فى فرنسا . فإذا أدعى مثلا أحد الأطراف أن عقد العمل لم يستمر أكثر من خمسة عشر عاما ، فإنه يجب عرض النزاع بداية على لجان فض منازعات العمل الفردية ، بخصوص هذه المسألة الأولية **question prejudicielle** .

المطلب الثالث
نظام التحكيم الإجبارى فى
القانون الوضعى المصرى .

أخذت مصر بنظام التحكيم الإجبارى لأول مرة بموجب قرار مجلس الوزراء ، الصادر بتاريخ ١٩٦٦/١/١٠ ، والذى أنشأ هيئات التحكيم الإجبارى ، للفصل فى المنازعات التى تقع بين الهيئات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام .

ثم صدر بعد ذلك قانون المؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ ، وتضمن قواعد التحكيم الإجبارى " المواد ٦٦ - ٧٦ " ، والتى حلت محلها المواد (٦٠- ٧٢) من القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ بشأن الهيئات العامة .

وكان العمل بنظام التحكيم الإجبارى ، للفصل فى المنازعات التى تقع بين الهيئات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام فى مصر يستند إلى أساسين :

الأساس الأول :

أن منازعات القطاع العام لاتعتبر منازعات حقيقية بين مصالح متعارضة ، إذ أيا كان من يكسب القضية ، أو يخسرها ، فإن الأمر فى النهاية يعود إلى الدولة – صاحبة جميع شركات القطاع العام .

والأساس الثانى :

توفير الجهد ، والنفقات ، والبعد عن بطء الإجراءات ، – والتى تتسم بها الخصومات أمام المحاكم القضائية – وهذا يؤدى من ناحية أخرى ، إلى تخفيف العبء عن كاهل هذه المحاكم القضائية – صاحبة الولاية العامة

والإختصاص بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات ، وأيا كـــان موضوعها ، إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص [١] .

على أن الأخذ بنظام التحكيم ، لحسم المنازعات التى تقع بين الهيئات العامة والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام فى مصـــر قـد لاقـى بعـض الإعتراضات من جانب فقه القانون الوضعى ، وأهم ماوجه إليه :

الإعتراض الأول :

أنه يؤدى إلى الإخلال بمبدأ وحدة القضاء ، والذى يوصى بعرض جميـع منازعات الأفراد ، والجماعات فى الدولة على جهة قضاء واحدة .

الإعتراض الثانى :

أنه إذا كان هناك مبررا لوجود هيئة متخصصة للنظر فـــى منازعـات القطاع العام ، فإنه يمكن أن يعهد بهذه المنازعات إلى دائرة متخصصـــة ، أو لمحكمة متخصصة – ضمن تشكيلات جهة المحاكم القضائية فى مصر .

الإعتراض الثالث :

أن نظام التحكيم الإجبارى ، لحسم المنازعات التى تقـع بيـن الـهيئات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام يكلف الدولة أعباء ماليـة كبيرة ، تتمثل فى المكافآت المالية التى تمنح للمحكمين ، والمعاونين لـــهم ، وأن هذه المكافآت نفسها تعتبر وسيلة للمساس باستقلال القضاء [٢] .

---

[١] أنظر : محسن شفيق – الموجز فى القانون التجارى – الجـــزء الأول – ١٩٦٧ – دار النهضـة العربية بالقاهرة – بند ٥٢٣ ص ٥٠٣ ، أبو زيد رضوان – شركات المساهمة ، والقطـــاع العـام – ١٩٧٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٢٥٣ ، محمود سمير الشرقاوى – القانون التجـارى – الجزء الأول – ١٩٧٨ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٤٦٣ ، فتحى والى – الوسيط فى قـانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٤٥٢ ص ٥٣١ .

[٢] فى بيان لانتقادات أخرى لتحكيم هيئات القطاع العام المصـــرى الإجبـارى ، بموجـب قـانون المؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ ، أنظر : فتحى والى – القضاء المدنى

وفيما يتعلق بتشكيل هيئة التحكيم الإجبارى ، لحسم المنازعات التى تقع بين **الهيئات العامة** ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام ، فإنه تشكل هيئة تحكيم مختلفة بالنسبة لكل نزاع على حدة ، فلا توجد هيئة تحكيم مشكلة مقدما ، لنظر ماقد يرفع إليها من دعاوى . وفى هذا ، تختلف هيئة التحكيم الإجبارى ، لحسم المنازعات التى تقع بين الهيئات العامة والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام عن المحاكم القضائية - **عادية كانت ، أم إستثنائية** .

ولقد كان القانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ - **الملغى** - والذى نقل عنه القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ - **والملغى كذلك** - يقضى بأنه :

" **يجوز لهيئات التحكيم المنصوص عليها فى القانون المذكور أن تنظر أيضا فى المنازعات التى قد تقع أيضا بين شركات القطاع العام ، وبين الأشخاص الطبيعيين ، والأشخاص الإعتبارية - وطنيين كانوا أو أجانب - إذا قبل هؤلاء الأشخاص بعد وقوع النزاع إحالته على التحكيم** " (١)

فالمشرع الوضعى المصرى - **ومراعاة للرغبة فى اختصار الوقت ، وتقليل النفقات ، وتبسيط الإجراءات** (٢) - كان قد جعل نظام التحكيم إجباريا فى منازعات شركات القطاع العام ، والتى قد تقع بين شركات القطاع العام

فى الإتحاد السوفيتى - مقالة منشورة فى مجلة القانون والإقتصاد - تصدرها كلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٦٧ - السنة رقم (٣٧) - ص ص ٢٨٧ - ٢٩٨ ، محمد عبد الخالق عمر - نظام التحكيم فى منازعات القطاع العام - ص ٢١٠ ، أميرة صدقى - النظام القانونى للمشروع العام - ص ٦٤٠ .

(١) الفقرة الأخيرة من المادة رقم (٦٠) من القانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ - الملغى بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ بشأن الهيئات العامة .

(٢) أنظر : محسن شفيق - الموجز فى القانون التجارى - ص ٥٠٣ ، نظرية المشروع العام ، وقانون شركات القطاع العام المصرى - ص ٢٧٢ .

بعضها ، وبعض ، أو بين الجهات الحكومية – **مركزية ، أو محلية** – أو الهيئات العامة ، أو هيئات القطاع العام . أما المنازعات التى قد تقع بين شركات القطاع العام ، والأشخاص الخاصة – **سواء كانوا طبيعيين ، أم معنويين ، وطنيين ، أم أجانب** – فإن المشرع الوضعى المصرى كان قد جعل نظام التحكيم فيها إختياريا – **بحسب الأصل العام فى التحكيم** .

ومن الملاحظ أنه وفى ظل القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ ، فقد كان لهيئات تحكيم القطاع العام إختصاصا بالنسبة للمنازعات التى يكون أحد طرفيها شركة قطاع عام ، ويكون الآخر شخصا خاصا ، إذا قبل هذا الأخير إختصاصها .

ولقد كانت محكمة النقض المصرية قد تعرضت لعلة التفرقة بين نظام التحكيم الإجبارى ، ونظام التحكيم الإختيارى فى منازعات شركات القطاع العام ، إذ قالت فى أحد أحكامها أنه : " **المنازعات التى قصد المشرع الوضعى المصرى إخضاعها لنظام التحكيم الإجبارى – والذى استحدثه القانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦** – إنما هى المنازعات الموضوعية التى تنشأ بين شركات القطاع العام ، أو بين إحداها ، وبين جهة حكومية ، أو هيئة ، أو مؤسسة عامة – بشأن تقرير حق ، أو نفيه – اعتبارا بأن هذه الأنزعة – وعلى ماجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون الوضعى المصرى المشار إليه – لاتقوم على خصومات تتعارض فيها المصالح – كما هو الشأن فى مجال القطاع الخاص – بل تعود فى نتيجتها إلى جهة واحدة وهى الدولة " [1] .

ونتيجة لهذا ، فإنه لم يكن هناك مجالا لشرط التحكيم ، أو مشارطته فى منازعات شركات القطاع العام ، بين بعضها البعض ، والأشخاص العامة المذكورة سلفا ، حيث يكون نظام التحكيم إجباريا ، إذ رأينا أن كلا من شروط

---

[1] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٣/٢/٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة (٢٤) – ص ١٦٩ ، ١٩٧٤/١٢/٣ – مجموعة المكتب الفنى – السنة (٢٥) – ص ١٥٠٦ .

التحكيم ، ومشارطته يعد عملا إراديا . ومن ثم ، يفترض أن يكون الإلتجاء لنظام التحكيم إختياريا . إنما يجوز الإتفاق على شرط التحكيم ، أو مشارطته فى منازعات شركات القطاع العام مع الأشخاص الخاصة الأخرى ، حيث لاتخضع هذه الفئة الأخيرة من الأشخاص لنظام التحكيم الإجبارى المذكور [١] .

غير أن مااقتضاه القانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ - **الملغى** - والذى نقل عنه القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ - **والملغى أيضا** - من وجوب حصول الإتفاق بين شركات القطاع العام ، والأشخاص الخاصة على التحكيم بعد وقوع النزاع ، كان محلا للنقد باعتبار أن هذا الشرط لم يجد مايبرره فى مجال المنازعات الناشئة عن عقود شركات القطاع العام مع الأشخاص الخاصة ، وأنه ليس مايحول منطقيا فى هذا النوع من الأنزعة أن يكون الإتفاق على التحكيم قبل وقوع النزاع ، أى أن يحصل فى شكل شرط تحكيم [٢] .

ثم صدر القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ " **قانون هيئات القطاع العام ، وشركاته** " منظما التحكيم الإجبارى لمنازعات المشروعات العامة - وهى المنازعات التى تنشأ بين شركات القطاع العام بعضها مع بعض ، أو بين إحدى المؤسسات العامة ، أو الجهات الحكومية - **مركزية أو محلية** - أو هيئة من الهيئات العامة ، فى المواد " (٥٦) - (٦٩) " والذى حل محل القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ بشأن الهيئات العامة .

---

[١] أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - بند ٣ ص ١٩٠ ، ١٩١.

[٢] أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٣/٢/٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة (٢٤) - ص ١٦٩ ، ١٩٧٤/١٢/٣ - مجموعة المكتب الفنى - السنة (٢٥) - ص ١٥٠٦ .

وفيما يتعلق بنطاق هذا التحكيم الإجبارى ، فقد عددت المـــادة (٥٦) من القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ المنازعات التـــى تنظرها هيئة التحكيم الإجبارى ، وهى :

(١) المنازعات بين شركات القطاع العام :

فكل دعوى يكون فيها كل من المدعى ، والمدعى عليه مـــن شـــركات القطاع العام ، يجب رفعها إلى هيئة التحكيم الإجبارى .

(٢) المنازعات بين شركة قطاع عام ، وبين جهة حكوميـــة - مركزية ، أو محلية - أو هيئة عامة ، أو هيئة قطاع عـــام ، أو مؤسسة عامة :

فالتحكيم لايكون إجباريا إلا إذا كان أحد الطرفين شركة قطاع عام . أمـا الطرف الآخر ، فإنه قد يكون شركة قطاع عام ، أو جهة حكومية - **مركزيـة** أو محلية - أو هيئة عامة ، أو هيئة قطاع عام ، أو مؤسسة عامة . فإذا قـام نزاعا بين جهتين حكوميتين ، أو جهة حكومية ، أو هيئة عامة ، أو مؤسســة عامة ، فإنه لايعرض على هيئة التحكيم الإجبارى ، وإنما يدخل هذا الـــنزاع فى اختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلـــس الدولـــة " **المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة المصـــرى رقـــم (٤٧) لســـنة ١٩٧٢** " [1] .

والتحكيم أمام هيئة تحكيم القطاع العام كان تحكيمـــا إجباريـــا بالنســـبة لأطرافه ، فليس لأى من أطراف المنازعات المشار إليها رفعها إلى المحكمـــة المختصة أصلا بنظرها ، بل يجب رفعها إلى هيئـــة التحكيـــم الإجبـــارى - **سواء رفعت الدعوى القضائية بصفة أصلية ، أم كانت قد رفعت فى صـــورة**

---

[1] أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧ - فى الطعن رقم (٦٣٤) - لسنة (٤٥) ق ، ١٩٨٥/١٢/٢٦ - فى الطعن رقم (٣٣٩) - لسنة (٥٢) ق . مشارا لهذين الحكمين فى : فتحـــى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٥٤ ص ٩٣٣ - الهامش رقم (٣) .

دعوى قضائية فرعية - ولهذا ، لاتكون للمحاكم ولاية نظر دعوى الضمان الفرعية المقامة أثناء نظر خصومة قضائية أمام جهة المحاكم ، من هيئة عامة ، ضد إحدى شركات القطاع العام [١] . ولنفس العلة ، فإنه إذا تعدد الخصوم فى الدعوى القضائية ، وكان أحدهم شخصا طبيعيا ، أو شخصا إعتباريا خاصا ، إلى جانب شركة قطاع عام ، أو شركة قطاع عام ، وجهة حكومية ، أو هيئة عامة . فإنه فى هذا الفرض ، لاتتوافر حالة تحكيم إجبارى من هذا النوع [٢] . وتطبيقا لهذا ، فقد قضى بأنه : " **إذا كانت المدعى عليها - وهى شركة قطاع عام - قد اختصمت أيضا بصفتها وكيلة عن باخرة أجنبية ، فإن الإختصاص يكون للمحاكم ، وليس لهيئة التحكيم الإجبارى** " [٣] .

وإذا تعلق الأمر بإحدى المنازعات التى تدخل فى نطاق إختصاص هيئات التحكيم الإجبارى ، فإنه يجب رفعها إلى هيئة التحكيم الإجبارى بحيث لايقبل رفعها أمام القضاء العادى ، أو أى هيئة قضائية إستثنائية ويتعلق الأمر بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، فلا يجوز الإتفاق

---

[١] أنظر : محسن شفيق - الموجز فى القانون التجارى - الجزء الأول - بند ٥٢٣ ص ٤٢٠ ، محمود سمير الشرقاوى - المرجع السابق - بند ٤٧٦ ص ٤٦٤ ، أبو زيد رضوان ، حسام عيسى - شركات المساهمة ، والقطاع العام - بند ٢٢٢ ص ٢٢٨ .

[٢] أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٩١/١/١٠ - فى الطعن رقم (٢٢٠٧) - لسنة (٥٦) ق . وقد ورد فى هذا الحكم القضائى الأخير أنه " لاتختص هيئة تحكيم القطاع العام بدعوى ضمان فرعية موجهة إلى شركة من شركات القطاع الخاص " . مشارا لهذا الحكم فى : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٤٧٦ ص ٩٣٤ ، محمد عبد الخالق عمر - نظام التحكيم فى منازعات القطاع العام - ص ٢١٨ .

[٣] أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨١/١/١٩ - فى الطعن رقم (١٩٨) - لسنة (٤٨) ق - مجموعة النقض - (٢٥) - ٨٥٩ ، ١٣٩ .

على مخالفته ، ولاتصحح تلك المخالفة إجازة ، ولايـــرد عليـــها قبـــول [١] .
فرغم مبررات التحكيم الإجبارى ، فإنه يعتبر استثناء ، لايجوز التوسع فـــى تفسير حالاته ، أو القياس عليها [٢] .
ومن الملاحظ أنه وفى ظل القانون الوضعى المصرى رقـــم (٦٠) لســـنة ١٩٧١ ، فقد كان لهيئات تحكيم القطاع العام إختصاصا بالنسبة للمنازعـــات التى يكون أحد طرفيها شركة قطاع عام ، ويكون الآخر شخصا خاصـــا ، إذا قبل هذا الأخير إختصاصها ، ولكن هذا الإختصاص لم يظهر فـــى القـــانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ . ورغم أن الإلتجاء إلى هيئـــات تحكيم القطاع العام كان يعتبر إجباريا فى النطاق الذى كـــان ينـــص عليـــه القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ المذكور ، فإنـــه كـــان يجوز لطرفى النزاع الإتفاق على تحكيم إختيارى ، يتم وفقا لنصوص قـــانون المرافعات المصرى " **المواد (٥٠١) - (٥١٣) - والملغـــاة بواســـطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شـــأن التحكيـــم فـــى المواد المدنية ، والتجارية** " . ذلك أن المشرع الوضعى المصرى بتنظيمـــه التحكيم الإجبارى ، قد جعله عرضا عن رفع الدعوى القضائية أمام المحـــاكم العادية ، ولم يمنع به التحكيم الإختيارى ، والذى يملكه الخصوم - **أطـــراف هذه المنازعات** - وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها فى قانون المرافعـــات المصرى ، أو فى القوانين الخاصة المنظمة للتحكيم . ولهذا ، فإن الخصـــوم

---

[١] أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المـــدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - دار النهضـــة العربيـــة بالقاهرة - بند ٤٧٦ ص ٩٣٤ .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعـــارف بالأسكندرية - بند ١٣٨ ص ٣٤٤ ، أميرة صدقى - النظام القانونى للمشروع العام ، ودرجة أصالتـــه - ص ٦٢٤ .

كانوا يستطيعون أن يتصالحوا فيما بينهم ، أو أن يتفقوا على تحكيم إختيــارى ومثل هذا الإتفاق يكون صحيحا - **سواء كان قد تم قبل نشــأة الــنزاع ، أو بعد نشأته ، أى سواء كان ذلك الإتفاق التحكيمى فى صورة شرطا للتحكيـــم واردا فى عقد من العقود ، كأحد بنوده ، أو مشارطة تحكيم مستقلة** [١] .

إلا أنه وبالرغم من ذلك ، فقد صـــدر القـــانون الوضعـــى المصـــرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمـــال العـــام ، بتـــاريخ (١٩) يوليو سنة ١٩٩١ [٢] . وقد نصت المادة الأولى من قانون إصـــداره على أنه :

" يعمل به بشأن الشركات القابضة والشركات التابعة لها الخاضعة لـــه وعلى ألا تسرى أحكام قانون هيئات القطـــاع العـــام وشـــركاته الصـــادرة بالقانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ على الشركات المشار إليها " [٣] .

ولم ينظم القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشـــأن شركات قطاع الأعمال العام تحكيما إجباريا خاصا بشركات قطاع الأعمـــال العام ، أسوة بالتحكيم الذى يعرفه القانون الوضعى المصـــرى رقـــم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ . وعلى هذا ، فإنه ومنذ نفاذ القانون الوضعى المصـــرى رقـــم

---

(١) أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ص ٩٣٥ .

(٢) نشر بالجريدة الرسمية - العدد رقم (٢٤) مكرر - بتارخ (١٩) يونيو - سنة ١٩٩١ . وقـــد نصت المادة (١٣) منه على أنه :

" يعمل به بعد ثلاثين يوما من تاريخ نشره " .

(٣) تنص المادة الثانية من قانون إصداره على أنه :

" تحل الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام الخاضعة لأحكام القانـــون رقـــم (٩٧) لســـنة ١٩٨٣ ، كما تحل الشركات التابعة محل الشركات التى تشرف عليها هذه الهيئات ، إعتبارا مـــن تـــاريخ العمل بهذا القانون دون حاجة لأى إجراء آخر " .

(٢٠٣) لسنة ١٩٩١ لايسرى نظام تحكيم شركات القطاع العام على شركات القطاع العام التى خضعت لهذا القانون .

وجدير بالذكر ، أن المادة (٤٠) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام المذكور تنص على أنه :

" **يجوز الإتفاق على التحكيم فى المنازعات التى تقع بين الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون أو بينها وبين الأشخاص الإعتبارية العامة أو الأشخاص الإعتبارية من القطاع الخاص ، أو الأفراد وطنيين كانوا أو أجانب . وتنطبق فى هذا الشأن أحكام الباب الثالث من قانون المرافعات المدنية ، والتجارية " نصوص قانون المرافعات المصرى " المواد (٥٠١) - (٥١٣) - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** "[1] . وبهذا ، فإن شركات قطاع الأعمال العام - **شأنها شأن الأفراد ، والجماعات ، وشركات القطاع الخاص** - لم يعد أمامها فى مصر من صور التحكيم ، إلا التحكيم الإختيارى - **والذى ينظمه قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - وتخضع فى ذلك لقواعد هذا التحكيم ، تماما كالقطاع الخاص فى مصر . ويمكن لشركة قطاع الأعمال العام أن تبرم اتفاقا على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - سواء مع شخص اعتبارى عام - **كإحدى الوزارات ، أو المحافظات ، أو هيئة من**

---

[1] مع مراعاة صدور قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، وإلغائه لنصوص التحكيم الواردة فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، والواردة فى الباب الثالث منه ، وهى المواد (٥٠١) - (٥١٣) . وفى بيان الخلاف فى فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء حول التكييف القانونى لهيئة التحكيم ، وطبيعة الأعمال التى تصدرها ، أنظر : **محمد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٧٣ ، ٧٤ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧ - فى الطعن رقم (٦٣٤) - لسنة (٤٥) ق .

الهيئات العامة – أو مع شخص خاص – فـــردا ، أم شـــخصا إعتباريـــا – ويستوى أن يكون الطرف الآخر فى الإتفاق على التحكيم مع شـــركة قطـــاع الأعمال العام وطنيا ، أم أجنبيا .

ولكن يثور التساؤل الآن – وبعد صدور القانون الوضعـــى المصـــرى رقـــم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام – حول نطاق نظـــام التحكيم الإجبارى ؟ .

وللإجابة على هذا التساؤل ، فإنه يجب مراجعة نص المادة (٤١) مـــن القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطـــاع الأعمال العام ، والتى جاء نصها على النحو التالى :

" طلبات التحكيم بين شركات القطاع العام أو بينها وبين جهة حكوميـــة مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو هيئة قطاع عام أو مؤسسة عامة التـــى قدمت قبل تاريخ العمل بهذا القانون ، وكذلك منازعات التنفيذ الوقتية فـــى الأحكام الصادرة فيها يستمر نظرها أمام هيئات التحكيم المشكلة طبقا لأحكام هيئات القطاع العام وشركاته بالقانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ ، وطبقـــا للأحكام والإجراءات المنصوص عليها فيه " .

ومفاد النص المتقدم ، أن هيئات تحكيم القطاع العام لم يعد لـــها اختصاصـــا بالنسبة لشركات القطاع العام التى تخضع للقانون الوضعى المصـــرى رقـــم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ ، وبمنازعات التنفيذ الوقتية فى الأحكام الصادرة فـــى هذه الطلبات . وبعد انتهاء الفصل فى هذه الطلبات ، وفى المنازعات الوقتيـــة فى الأحكام الصادرة فيها ، وخضوع كل شركات القطاع العام لقانون قطـــاع الأعمال العام رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العـــام ينتهى كل وجود لنظام التحكيم الإجبارى فى منازعات القطـــاع العـــام فـــى مصر [١] .

---

(١) راجع نص المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيـــم فى المواد المدنية ، والتجارية ، والتى تنص على أنه :

وبالإضافة لما تقدم ، فإن مصر قد وضعت أحكاما قانونية تتعلق بتسوية منازعات العمل الجماعية ، عن طريق وسائل مختلفة ، **من بينها : التحكيم – باعتباره الوسيلة النهائية الحاسمة لتسوية منازعات العمل الجماعية –** فقد تضمن قانون العمل المصرى رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١ [1] أحكام التسوية الودية ، والتحكيم في منازعات العمل الجماعية ، في الفصل الثالث من الباب الرابع منه " المواد (٩٣) – (١٠٦) " . ومن المبادئ التي استحدثها هذا القانون الوضعي المصرى ، أنه قرر نظام المفاوضة الجماعية وجعله إجباريا ، وسابقا على نظام التحكيم .

وقد أخذت مصر بالتحكيم الإجبارى في منازعات العمل بصورة مطلقة بحيث تحال إلى التحكيم أية منازعة جماعية ، بدون قبول ، أو موافقة كلا الطرفين ، بصرف النظر عما إذا كانت المنازعة تتعلق بمرفق حيوى ، أو بغيره من المرافق ، وبصرف النظر عما إذا كانت ذات آثار خطيرة ، أو غير خطيرة على المصلحة العامة ، أو الخاصة ، وسواء كانت منازعة هامة

" مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها بجمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر ، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون " .

وفي دراسة أحكام القانون الوضعي المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام ، أنظر : رضا السيد عبد الحميد – شرح قانون قطاع الأعمال العام رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩٢/١٩٩١ – دار الثقافة الجامعية بالأسكندرية ، وراجع أيضا مجموعة الأبحاث التي قدمت في مؤتمر حول قانون شركات قطاع الأعمال العام – الساحل الشمالى – في الفترة من (١٩) إلى (٢٤) يونيو سنة ١٩٩٢ ، ولقد جمعت في كتاب أعده ، وأصدره الأستاذ الدكتور / أحمد جامع – المطبعة العربية الحديثة ، وانظر أيضا : عبد الحكيم عثمان – التطور التشريعي في تنظيم القطاع العام – مجموعة بحوث مؤتمر الساحل الشمالى – ١٩٢/٦/٢٠ – ص ٢٨ ومابعدها ، حسام الأهوانى – تنظيم علاقات العمل في قطاع الأعمال العام – مجموعة بحوث مؤتمر الساحل الشمالى – ١٩٩٢/٦/٢٢ – ص ٩٣ ومابعدها .

[1] والمنشور في الجريدة الرسمية – العدد رقم (٣٣) " تابع " – في أغسطس سنة ١٩٨١ .

أو قليلة الأهمية نسبيا [1] . وموقف مصر فى أخذها بمبـدأ التطبيـق العـام بالنسبة لنظام التحكيم فى منازعات العمل الجماعية ، يخالف موقـف بعـض الدول التى أخذت بنظام التحكيم الإجبارى ، ولكن فى نطاق محدود . فمنـها من حصرته فى نطاق المنازعات المتعلقة بالمرافق الحيويـة . ومنـها مـن

---

(١) وقد حل هذا القانون الوضعى المصرى محل قانون العمل المصرى الموحد رقم (٩١) لسنة ١٩٥٩ ، والمنشور بالجريدة الرسمية – العدد رقم (٧١) مكرر – حرف (ب) ، فى ١٩٥٩/٤/٨ ، والذى كان يتضمن فى الباب الخامس منه " المواد ١٨٨ – ٢١١ " أحكاما خاصة بالتوفيق ، والتحكيم فى منازعـات العمل ، فجاء القانون الوضعى المصرى رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١ ، وحل محله . وحول نشأة التحكيـم فى منازعات العمل الجماعية فى مصر ، أنظر : عبد القادر الطورة – قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – الرسالة المشار إليها – بند ٥٦ ومايليه ص ٩٦ ومابعدها .

ولاشك أن نظام التحكيم الجماعى – وهو النظام الذى أنشئ حديثا ، طبقـا للمتغـيرات الإقتصاديـة ، والإجتماعية التى طرأت على أثر قيام الثورة الصناعية ، باعتباره الوسيلة النهائية الحاسمة لتسوية المنازعـات الجماعية المتعلقة بالعمل ، بواسطة طرف ثالث مستقل عن طرفى النزاع – قد زاد انتشاره ، بـالرغم مـن حداثة نشأته ، إذ تأخذ به الغالبية العظمى من دول العالم ، بل واهتمت به المنظمات الدولية ، والإقليميـة . حول أسباب ظاهرة الإنتشار الواسع لنظام التحكيم فى منازعات العمل الجماعية ، أنظر : عبد القـادر الطورة – قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – الرسالة المشار إليها – بند ٧ ص ٢٢ ومايليـه . حيث أشار سيادته إلى بعض قوانين الدول العربية – ومنها مصر – " قانون العمل المصرى رقـم (٣٧) لسنة ١٩٨١ – الفصل الثالث من الكتاب الرابع " فى التسوية الودية ، والتحكيم فى منازعـات العمـل الجماعية " " المواد (٩٣) – ١٠٦ " ، كما أشار بوجه خاص إلى المشرع الوضعى السعودى ، والـذى يجيز الإلتجاء إلى نظام التحكيم فى جميع المنازعات الفردية الحقوقية " التحكيم الفـردى " بموجـب نـص قانونى وضعى خاص – صريح ، ومطلق – ونظم أحكام ، وإجراءات هذا التحكيم العمالى الفردى ، كمـا أشار إلى بعض قوانين الدول العربية ، والأجنبية – ذات المذاهب القانونية المختلفة – والتى أخذت بنظـام التحكيم فى منازعات العمل الجماعية . فى بيان دور منظمة العمل الدولية فى تقدم نظام الإلتجاء للتحكيـم الجماعى . وكذلك ، منظمة العمل العربية ، ودورها فى ذلك من خلال الإتفاقات المبرمة تحت رعايتـها ، أو التوصيات التى تصدرها ، والدراسات ، والبحوث التى تقوم بها ، أنظر : عبد القادر الطورة – قواعـد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – الرسالة المشار إليها – بند ٥٠٤ ص ١٥ ومايليه .

حصرته فى نطاق المنازعات المتعلقة بالصالح العام . ومنها من قيدته بشروط معينة ، تحد من نطاق تطبيقه [١] ، [٢] ، [٣] .

وإن كان هناك جانب من فقه القانون الوضعى قد ذهب إلى أنه لايجوز - بصفة عامة - التحكيم فى المنازعات التى أقام فيها المشرع الوضعى المقارن توازنا دقيقا بين المصالح المتعارضة - **كالمنازعات بين العامل وصاحب العمل** - لأنه لو سمح بنظام التحكيم فى هذه المنازعات ، فإن ذلك سيؤدى من الناحية العملية إلى إهدار الضمانات ، وتضييع الحقوق للطرف الضعيف إقتصاديا فى هذه المنازعات ، وهو العامل [٤] .

ويرى جانب من فقه القانون الوضعى المقارن أن التحكيم فى منازعات التجارة الدولية ليس عملا من طبيعة إرادية خالصة . إذ أن واقع التجارة

---

(١) أنظر : عبد القادر الطورة - قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية - الرسالة المشار إليها - بند ٦٣ ومايليه ص ١٠٧ ومابعدها . حيث أشار سيادته إلى تطبيقات عملية لاختلاف مواقف الدول فى الأخذ بنظام التحكيم الإجبارى فى منازعات العمل الجماعية .

(٢) فى دراسة نظام الحكم الجماعى فى مصر ، أنظر : عبد القادر الطورة - قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية - الرسالة المشار إليها - بند ١٣٣ ومايليه ص ٢٣٨ ومابعدها .

(٣) فى دراسة إجراءات التحكيم الجماعى لمنازعات العمل الجماعية ، والطبيعة القانونية لقرار التحكيم الجماعى ، والطعن فيه ، وآثاره ، أنظر : عبد القادر الطورة - قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية - الرسالة المشار إليها - بند ٥٥ ومايليه ص ٩٣ ومابعدها ، محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٧٨ ومابعدها .

(٤) أنظر : محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ط١ - ١٩٧٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - الجزء الأول - ص ١٠١ . وحول مدى جدوى نظام التحكيم فى منازعات العمل الجماعية ، وهل نحن بالفعل بصدد تحكيما بالمعنى الفنى الدقيق ، وهل يمكن حماية مصالح العمال الجماعية بطرق أخرى أكثر جدوى ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٧٤ ومابعدها .

الدولية كثيرا ماينبئ عن أن حرية الخصوم فى اختيار نظام التحكيم أصبحت وهما ، لأنه كثيرا مايفرض نظام التحكيم جبرا على أطراف التجارة الدولية - **كما هو الحال فى العقود الدولية ذات الشكل النموذجى** [١] .

---

[١] أنظر : أبو زيد رضوان - الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى - بند ٢٣ ص ٣٥ .

المبحث السابع

نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته فى مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية وقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية [١] ، [٢] .

تقسيم :

تسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول :

نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته فى مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية .

---

(١) فى دراسة شروط صحة الإتفاق على التحكيم ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٠٢ ومايليه ص ٣٧١ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٢ ومايليه ص ٣٦ ومابعدها .

(٢) ويخضع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى وجوده ، وفى قيامه صحيحا لقانون البلد الذى تم فيه أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨١/١/٩ - فى الطعن رقم (٤٥٣) - لسنة (٤٢) ق ، ١٩٨٢/٥/٢٦ - فى الطعن رقم (٧١٤) - لسنة (٤٧) ق . مشارا لهذين الحكمين القضائيين فى : أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٣ - ١٩٩٤ - بند ١٢٥ ص ٢٢٥ - فى الهامش .

المطلب الثانى :

نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية .

والمطلب الثالث ، والأخير :

شرط التحكيم فى العقود المختلطة .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

المطلب الأول

نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته في مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية .

بطلان شرط التحكيم ، لاستحالة تحديد موضوع النزاع فيه وفقـــا لنص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة

كانت المادة (١٠٠٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية الســــابقة قـد اقتصرت على جواز التحكيم بمشارطة تحكيم ، للفصل فى نزاع نشأ بـــالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيـــم** " ، لحظـــة إبـــرام الإتفاق على التحكيم ، ولم تتحدث عن شرط التحكيم - **جوازا** ، **أو بطلانـــا** - الأمر الذى أدى إلى نشأة جدل فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضـــــاء فـــى فرنسا حول صحة هذا الشرط . حيث كان التحكيم فى مجموعة المرافعـــــات الفرنسية السابقة يجد أساسه عموما فى المادة (١٠٠٣) منها ، والتى كـــانت تنص على أنه :

" **يجوز للأفراد الإلتجاء إلى التحكيم فى جميع الحقوق التـــى يتمتعـــون بحرية التصرف فيها** " .

بيد أن المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة كانت قـــد قيدت النص القانونى الوضعى الفرنسى المتقدم بما قضت به من أنه :

" **يجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيين موضوع الـــنزاع وتســمية المحكمين ، وإلا وقعت باطلة** " . ومعنى ذلك ، أنـــه ولئـــن جـــاز للأفـــراد وللجماعات الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم ، للفصل فى نزاع نشـــأ فعـــلا بينهم ، حيث يمكن تعيينه ، وتسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيـــه فى الإتفاق **المعروف بمشارطة التحكيم** ، فإنه لايجوز الإتفاق مقدما فى عقـــد

من العقود – وأيا كانت طبيعته – على الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن تفسيره ، أو تنفيذه فى المستقبل عن طريق نظام التحكيم – دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها – وهو مايعنى بطلان شرط التحكيم (١) .

ففقه القانون الوضعى الفرنسى كان قد استلزم ضرورة توافر العناصر التى اقتضتها المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة لصحة الإتفاق على التحكيم . ألا وهى : أن ينصب على نزاع معين ، وقائما فعلا بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، وليس نزاعا محتملا الوقوع فى المستقبل ، وأن تتم تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بأشخاصهم فى الإتفاق على التحكيم . ونظرا لأن شرط التحكيم ينشئ التزاما بعمل على عاتق أطرافه ، فإنه لايمكن إجبار المتعاقد على تنفيذ ماالتزم به ، واختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم مستقبلا – وعند نشأته بين أطراف شرط التحكيم – عملا بنص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، وإن كان هناك من رد على ذلك بأن هذا الإلتزام يمكن إحترامه ، وتنفيذه عن طريق اختيار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم عن طريق القضاء العام فى الدولة (١) .

فبعد أن كان القضاء الفرنسى قد استقر على جواز شرط التحكيم حتى أوائل القرن التاسع عشر (٢) ، (٣) مستندا فى ذلك لمبدأ حرية الإتفاقات ، واعتبار

---

(١) أنظر :

ROBERT (J .) : Traite de l'arbitrage . ed . 1967 . N . 36 et s .

(٢) أنظر :

المادة (١٠١٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة تطبيقا لهذا المبدأ عاد وعدل عن موقفه هذا إلى بطلان شرط التحكيم ، ورفض الإعتراف بصحته ، جريا وراء المبدأ الذى قررته محكمة النقض الفرنسية فى حكم شهير لها ، والصادر فى (١٠) يوليو سنة ١٨٤٣ [1] ، على أساس أن المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة قد استلزمت تحديد موضع النزاع ، وأسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه فى مشارطة التحكيم ، وإلا وقعت باطلة ، ولايمكن - **فى رأى القضاء الفرنسى** - تحديد موضوع النزاع فى شرط التحكيم ، لتعلقه بما قد ينشأ مستقبلا بين الأطراف المتعاقدة من منازعات ، سواء تعلقت بتفسير العقد المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - أم تنفيذه .

فضلا عن أن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - يعد استثناء من القواعد العامة ، لأنه يتضمن مخالفة لقواعد آمرة ، وهى قواعد الولاية

M . ROTHE : La clause compromissoire . p . 11 et s ; Repertoire De Droit civil . N. 184 ; Juris – classeur . procedure civile . Arbitrage . Fasc . 1010 . 9 . 1984 . N. 24 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N. 11 . p. 22 .

وانظر أيضا :

Cass . civ . 3 Aout . 1836 . 1 . 437 ; Lyon . 25 Mars . 1840 . S . 1841 . 2 . 342 ; Colmar . 24 Aout . 1835 . S . 1863 . . 246 ; Nancy . 2 Juin . 1842 . S . 2 . 303 ; Agens . 1 er Juin . 1843 . S . 1843 . 2 . 398 .

(٣) وقد ساير القضاء الفرنسى القضاء البلجيكى فى إجازة شرط التحكيم ، وفى اعتبار أن المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة لاتمثل عقبة أمام شرعية شرط التحكيم ، باعتباره وعدا بالإتفاق على التحكيم . ومن ثم ، لاينطبق حكم المادة المذكورة . من هذا القضاء البلجيكى ، أنظر
Bruxelles , 11 Fev . 1833 ; Cass Belge . 8 Juin . 1849 ; Cass Belge . 4 Dec . 1879 . cites par : BERNARD , op . cit . , N . 155 . p . 91 ; Cass . Belge . 17 Fev . 1888 . D . P . 1889 . 2 . 168 .

(١) أنظر :
Cass . civ . 10 Juillet . 1843 . 1 . 343 . S . 1843 . 1 . 651 . Note : DEVILLENEUVE .

والإختصاص القضائى فى مجموعة المرافعات الفرنسية ، والتـــى لاتجـوز مخالفتها أصلا ، إلا إذا أجاز ذلك صراة القانون الوضعى الفرنسى . ولـــهذا كان من الواجب عدم التوسع فى تفسير هذا الإستثناء ، والوقـوف بـه عنـد الحالة التى حددتها المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة بالإضافة إلى أن شرط التحكيم لايخلوا من الإعتساف . وبصفة خاصة ، فـى العقود التى لايتكافأ فيها الطرفان المتعاقدان – كعقود الإذعـان contrats d'adhesion ، حيث يصبح شرط التحكيم شديد الخطر ، متـى اسـتطاع الطرف القوى فرضه على الطرف الضعيف ، عند إبرام العقود ، واحتمـال سطوة الطرف القوى ، والتى قد تصل إلى حد منع الطـرف الضعيـف مـن الطعن فى حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم ، فـى النزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم [١] .

واستمر هذا الرأى سائدا فى القضاء الفرنسى لمدة طويلة ، سواء لـــدى محكمة النقض الفرنسية [٢] ، أو لدى المحاكم الأخـــرى الفرنسـية ، والتـى سلكت نفس المسلك [٣] .

---

(١) أنظر :

RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage. nature juridique. N. 18. P. 19 – 20. N. 84. P. 66 ; **MOTULSKY (H.)** : La respecte de la clause compromissoire. Rev. Arb. 1955. P. 13 et s ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op. cit., P. 21, 28, 44, 129, 148, 201 ; **PERROT ROGER** : Institutions judiciaires. 1983. Montchrestien. Paris. N. 55.

(٢) أنظر :

Cass. civ, 2 Dec 1844. S. 1845, 1, 79 ; Req. 20 Nov. 1854, D. P. 1s855, 1, 233 ; Cass. req, 15 Juill, 1879, 1, 364 ; Cass. req, 22 Mars, 1880, S, 1 181, 1, 10 ; Cass. req, 28 Juin, 1889, 1, 331 ; Cass. civ, 26 Juill, 1893, S, 1894, 1, 215 ; Cass. req, 8 Dec. 1914 ; Cass. req. 20 Avr, 1931, S, 1931, 245.

(٣) أنظر :

Paris, 5 Juill, 1894, S, 1896, 2, 210 ; Lyon, 5 Janv. 1906, D. P. 1906, 5. 57 ; Rennes, 5 Nov. 1912, D. P. 1913, 2, 127 ; Rennes, 27 Oct. 1933. S. 1934,

إنتقاد مسلك القضاء الفرنسى القائل ببطلان شرط التحكيم فى ضوء نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

إنتقد جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى مسلك القضاء الفرنسى القائل ببطلان شرط التحكيم ، فى ضوء نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، استنادا إلى أن شرط التحكيم لايعد اتفاقا على التحكيم ، حتى يجب أن يكون موضوعه محددا ، وإنما يعتبر وعدا بالتحكيم يلتزم أطرافه بإبرام مشارطة تحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم بينهم فى المستقبل ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم - مصدر الرابطة القانونية ، الذى تضمن شرط التحكيم .

فضلا عن أنه - **وبعد الحرب العالمية الأولى** - قد شاع شرط التحكيم فى المعاملات التجارية . خاصة ، ماكان منها ذا صفة دولية ، وتأذى التجار الفرنسيون من الحكم الذى يقضى ببطلان شرط التحكيم ، فى ضوء المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، حيث شعروا أنهم فى مركز أدنى من مركز التجار الأجانب الذين يتعاقدون معهم [١] .

---

2 , 71 ; Aix . 13 Oct . 1949 . Gaz . Pal . 1949 , 2 , table , voire arbitrage , N. 1 , P . 13 .

(١) أنظر :

GLASSON , TISSIER et MOREL : Traite theorique et pratique de procedure civile et commercial . 3e ed . 1859 . N . 11 ; WHAL : La clause compromissoire en matiere commercial . J . C . P . 1927 . ed . G . I . P . 3 . N .16 ; J . P . PALEWSKI : L'arbitrage en matiere commercial et la jurisprudence de la cour de cassation . clunet . 1933 . P . 845 ; BERNARD (A .) : L'arbitrage volontaire en droit prive Belge et Francais . Bruxelles . 1937 . N . 154 ; R . MOREL : Traite elementaire de procedure civile . 2e ed . Sirey . 1949 . N. 718 . P. 547 ; la clause compromissoire en matiere commercial . Rev . crit . de . legis et de la Juris . 1926 . P . 487 ; G . HAMONI : L'arbitrage en droit commercial . L .G . D .

إذ لما كانت معظم التشريعات الأجنبية تجيز أن يدرج الأفراد ، والجماعات شروطا للتحكيم ، للفصل فى منازعاتهم المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية والذى يتضمن شرط التحكيم** - عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **بعكس المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة** - **فإن التجار الأجانب استطاعوا أن يفرضوا على التجار** الفرنسيين شروطا للتحكيم . والتى بموجبها ، تخضع المنازعات المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ عن تفسير ، أو تنفيذ العقود المبرمة معهم لنظام التحكيم خارج فرنسا ، دون أن يستطيع التجار الفرنسيون فرض أسلوب المعاملة بالمثل ، لبطلان شرط التحكيم فى ضوء المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة .

ولقد قررت أحكام القضاء الفرنسى أن بطلان شرط التحكيم - **وعلى ضوء المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة** - هو بطلانا نسبيا لايتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، أى أن القاضى الفرنسى لايستطيع أن يحكم به من تلقاء نفسه . ويصحح هذا البطلان قيام الأطراف المحتكمون " **أطراف شرط التحكيم عندئذ** " بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع وضوع شرط التحكيم ، بالإتفاق فيما بينهم [1] . كما يزول هذا البطلان إذا تم تنفيذ هذا شرط التحكيم اختيارا ، أو تم قبوله بعد قيام النزاع موضوع شرط التحكيم [1] .

J . Paris . 1950 . P. 10 ; **ROBERT (J .)** : Arbitrage civile et commercial . 1967 . Dalloz . 4e ed . P . 22 ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op . cit . , P. 17 et s .

وانظر أيضا : **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ص ٨١ ، **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٧٣ ومايليه ص ٦٩ ومابعدها .

(١) أنظر :

إعتراف فرنسا بمشروعية شرط التحكيم فى منازعـــات التجــارة الدولية ، بتوقيعها على اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٣ :

بعد الحرب العالمية الأولى - **وعلى أثر ازدهار المعـــاملات التجاريـــة الدولية** - إعترفت فرنسا بمشروعية شرط التحكيم فى منازعـــات التجـــارة الدولية ، بتوقيعها على اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٣ - **والتـــى أجـــازت شـــرط التحكيم فى المعاملات الدولية** (١) .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم بطلان شرط التحكيـــم ، إذا كـــانت العلاقة محل النزاع موضوع شرط التحكيم دولية ، وخاضعة لقانون وضعـــى أجنبى ، معتبرة بذلك أن البطلان الناشئ عن مخالفة نص المـــادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ليس من النظام العام الدولى (٢) .

Cass . civ . 26 Juillet , 1893 , D. P . 1894 . 1 – 61 . S . 1894 . 1. 215 ; Req . 21 Juin . 1904 . D. P. 1906 . 1. 395 . S. 1906 . 1. 22 ; Req . 8 Decembre . 1914 , D. P . 1916 . 1 . 194 ; Req . 8 Janv . 1924 . S. 1924 . 1. 315 ; Req . 20Avr . 1931 . S. 1931 . 1. 245 . J. C. P. 1947 . IV. 127 .

وانظر أيضا : **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيـــارى ، والإجبـــارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٢٤ - الهامش رقم (٣) .

(١) أنظر :

Cass . com . 13 Nov . 1972 . Rev . Arb . 1973 . 130 . Note : FOUCHARD ; Cass . civ. 10 Octobre . 1978 . Rev . Arb . 1979 . 352 . Note : B . M . J . C . P . 1980 . 11 . 19390 . Note : GALLE ; Paris . 15 Maris . 1979 . Rev . Arb . 1979 . 501 . Note : COURTEAULD .

(٢) أنظر :

Cass . req . 21 Juin . 1904 . precite ; Cass . req . 8 Dec . 1914 . precite ; Cass . civ . 4 Janv . 1931 . D . P. 1920 . 1. 53 .

إجازة شرط التحكيم فى منازعات التجارة الوطنية بفرنسا ، بمقتضى القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ :

فى تطور لاحق ، لاحظ المشرع الوضعى الفرنسى الأهمية العملية لشرط التحكيم فى معاملات التجارة الوطنية ، من خلال ماجرى عليه القضاء التجارى الفرنسى من تدعيم وشائج أحكامه الوطنية ، بالقواعد الخاصة بأحكام التحكيم الصادرة فى منازعات التجارة الدولية ، والمسبوقة بشرط التحكيم ، وأراد المشرع الوضعى الفرنسى إختصار الطريق أمام التجار الفرنسيين ، فأجاز لهم شرط التحكيم ، والذى يمهد لهم الإلتجاء إلى التحكيم مباشرة ، فى منازعات التجارة الوطنية بفرنسا ، دون حاجة للعروج على ساحات المحاكم التجارية ، بالقانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، والذى أضاف الفقرة التالية للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية :

" **يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ من منازعات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما سبق** " ، وهذه المنازعات هى :

(١) - المنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بين التجار .

(٢) - المنازعات التى تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية .

(٣) - المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين الأفراد [١] .

---

(١) أنظر :

CEZAR – BRU : Commentaire de la loi du 31 Decembre 1925 . lois nouvelles . P . 181et s ; JEAN ROBERT : Arbitrage civil et commercial en droit interne et international prive . 4e ed . 1967 . Dalloz . N . 101 et s . P . 133 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 42 . P . 73 et s ; Repertoire de Droit civile . 2e ed . T . 111 . 1987 . N . 73 et s .

فهذا التشريع الوضعى الفرنسى الخاص - **والذى صدر فى فرنسا فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥** - قد قرر للمرة الأولى صحة شرط التحكيم فى المواد التجارية . ونتيجة لذلك ، فقد ظهرت مع الفقرة المضافة للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية إمكانية الإعتراف بشرط التحكيم . والذى مؤداه ، الإلتجاء إلى تحكيم داخل فرنسا ، فى صدد نزاع مستقبلى دون تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم بأسمائهم سلفا - **كما تتطلب المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة** .

دراسة منازعات التجارة الوطنية التى أجاز فيها القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ الإلتجاء إلى تحكيم داخل فرنسا ، فى صدد نزاع مستقبلى ، دون تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم بأسمائهم سلفا - كما تتطلب المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

منازعات التجارة الوطنية التى أجاز فيها القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ الإلتجاء إلى تحكيم داخل فرنسا ، فى صدد نزاع مستقبلى ، دون تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم بأسمائهم سلفا - كما تتطلب المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة هى :

وانظر أيضا : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٦ ومايليه ص ١٦٩ ومابعدها ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٧٨ ومايليه ص ٥٥٩ ومابعدها .

أولا – المنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بين التجار [١] :

يقصد بالمنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بين التجار :

المنازعات المتعلقة بالحياة التجارية للتجار ، وهو مايلزم أن يكون النزاع بين تاجرين ، وأن يكون متعلقا بأعمال تجارية أصلية ، أو أعمال تجارية بالتبعية الشخصية . بمعنى ، أنه يلزم لصحة شرط التحكيم أن يكون العقد مبرما بين تاجرين ، ومتعلقا بحياتهما التجارية . فإذا كان أحد الأطراف شخصا مدنيا ، والآخر تاجرا ، فإن شرط التحكيم المدرج فى العقد لايكون صحيحا . **والمثال النموذجى لذلك هو** : عقد النشر المبرم بين دار للنشر والمؤلف . وكذلك ، عمليات البورصة المنفذة بواسطة غير التجار [٢] .

---

(١) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire . P. 9 et s ; Repertoire de Droit civil . 2e ed . T. 111 . 1987 . N . 78 et s ; Rep . de . dr . comm . clause compromissoire . compromis . T . 1 . 1988 . N . 78 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . N . 49 et s .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ١٦ ص ١٦٩ ومابعدها ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٧٨ ص ٥٥٩ ، ٥٦٠ .

(٢) أنظر :

HERVE – CHASSERY : La clause compromissoire en Droit interne . P . 87 et s ; MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire . P. 96 et s ; Rep . de . comm . Arbitrage commerciale . T. 111 . 1988 . N . 44 et s ; Rep . de . dr . proc . civ . Arbitrage , Droit interne . T . 1 . 1988 . N . 107 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , ed . 1990 . N. 49 et s .

ثانيا :

المنازعات التى تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية (١) :

يقصد بالشركة التجارية فى هذا الشأن :

ليس فقط الشركة التجارية بحسب موضوعها **selon son objet** وإنما يقصد بها أيضا الشركة التجارية بحسب شكلها **selon sa forme** والتى كان يعبر عنها قديما فى فرنسا بشركة التجارة **societe de commerce** . ويصح شرط التحكيم الوارد فى عقد شركة التجارية ، أو فى نظامها الأساسى ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الشركاء أو المساهمين . ومتى ورد شرط التحكيم فى عقد الشركة ذاته ، أو فى نظامها الأساسى ، فلا يخضع له الشركاء ، أو المساهمون الأوائل الذين وقعوا على عقد الشركة ، أو صادقوا على نظامها فحسب ، بل يخضع له أيضا الشركاء ، أو المساهمون الذين انضموا إلى الشركة أثناء حياتها ، عن طريق شراء الحصص ، والأسهم ، أو الإكتتاب فى زيادة رأس مال الشركة (٢) .

---

(١) أنظر :

HAMEL (G .) et LAGARD (G .) : Traite elementaire de droit commercial . Dalloz . Paris . 1954 . P . 522 et s ; HAMONIC : L'arbitrage en Droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1950 . P . 17 et s ; ROBERT (J .) : Arbitrage civile et commercial . 5e ed . 1983 . N. 101 . P . 134 ; Rep . de . dr . civ . 2e ed , T . 1 . 1977 . N. 26 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , ed . 1990 . P. 64 et s .

وانظر أيضا : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٢٠ (ب) ص ١٧٥ ؛ المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٧٩ص ٥٦١ ومابعدها .

(٢) أنظر :

HAMONIC : op . cit . , P. 17 et s ; CHASSERY : De la clause compromissoire . P. 83 et s ; MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit . , P. 91 et s .

ويقصد بالمنازعات بين الشركاء ، أو المساهمون فى هذا الشأن :

جميع المنازعات التى تنشأ عن عقد الشركة ، سواء تعلقت بالعقد ذاتـــه أم بتنفيذه ، أم تعلقت بنزاع يقتضى مباشرة دعوى الشركة قبل الشـــركاء ، أو دعوى الشركاء ضد الشركة . وكذا ، المنازعات المتعلقة ببطلان الشـــركة ، أو ببطلان مداولات جمعيتها العامـــة ، أو المتعلقـــة بمســـئولية المديريـــن ، وأعضاء مجلـــس الإدارة ، أو بمطالبـــة الشـــركاء ، أو المســـاهمين بـــأداء الحصص التى تعهدوا بتقديمها للشركة ، أو برد ماحصلوا عليه مـــن أربـــاح صورية [١] .

وقد ثار التساؤل بشأن مدى إمكانية تطبيق شرط التحكيـــم فيمـــا يتعلـــق بالمنازعات التى تقتضى مباشَرَة الدعـــاوى القضائيـــة الفرديـــة **actions ndividuelles** عن طريق المساهمين ؟ .

اتجهت أحكام القضاء الفرنسي - **وفى مجموعها** - إلى اعتبار بعض هـــذه الدعاوى القضائية متعلقة بالنظام العام فـــى القـــانون الوضعـــى الفرنســـى **d'ordre public** - **كدعـــوى حـــل الشـــركة مثـــلا action en disolution** - وهو مايقتضى مباشرتها أمام المحكمة المختصـــة أصـــلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها [٢] .

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , ed . 1990 . N . 45 et s .

(٢) أنظر :

MOREL (R .) : La clause compromissoire . L G. D . J . Paris . N . 37 et s ; Rep . de . dr . comm . Arbitrage . 1972 . N . 25 ; **ROBERT (J .)** : Arbitrage civil et commercial . ed . 1983 . N. 117 et s ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : Le droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . N. 48 .

وانظر أيضا : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٢٠ ص ١٧٥ .

بينما رأى جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى [1] أن اتجاه أحكام القضاء الفرنسى المذكور يمكن التسليم به إذا لم يتضمن نظام الشركة شرطا للتحكيم . أما إذا تضمنه ، فإنه لايوجد مبرر لإغفاله ، إذ لايعدم المساهم وسيلة مباشرة حقوقه فى الشركة ، وهو يجد هذه الوسيلة ، حيث يوجد شرط التحكيم .

كما ثار التساؤل عما إذا كان يجوز إدراج شرط التحكيم فى عقد الشركة أو فى نظامها الأساسى أثناء حياتها ؟ .

أجيب على ذلك من جانب فقه القانون الوضعى الفرنسى بالإيجاب ، شريطة مراعاة الإجراءات ، والقواعد المتعلقة بتعديل عقد الشركة ، أو نظامها الأساسى [2] .

ثالثا :

المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين جميع

---

(١) أنظر :

LEVEL : **Juris – Classeur . procedure . fasc . 170 . cah** ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : **op . cit . , N . 49 .**

(٢) أنظر : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٢٥/ب ص ١٧ .

الأشخاص [١] :

نظر المشرع الوضعى الفرنسى نظرة موضوعية خالصة عنـد تقريـره لصحة شرط التحكيم بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين جميـع الأشخاص ، حيث استلزم لصحة شرط التحكيم بين غير التجـار أن يكـون موضوع العقد تجاريا خالصـا **exclusivement commerciale** . فشرط التحكيم يكون جائزا عندئذ ، للفصل فى المنازعات المتعلقة بالأعمـال ذات الطابع التجارى **a caractere commerciale** ، بغض النظر عـن صفة القائمين بها ، أى سواء كان المباشرون لتلك الأعمال تجارا ، أم غـير تجار . ففى الفرض الأخير ، يصح شرط التحكيم متى ورد فى عقـد معيـن بين شخصين غير تاجرين ، متى كان موضـوع ذلـك العقـد **objet de contrat** عملا تجاريا **une acte commercialc** بالنسبة لهما فـى آن واحد [٢] .

وتطبيقا لما تقدم ، فإنه لايجوز إدراج شرط التحكيم فى عقد معين بين تـاجر وغير تاجر – **كعقد العمل الفردى الذى يبرم بين رب العمل التاجر والعـامل**

---

(١) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire. P. 96 et s ; Rep . de . dr . civ . 2e ed . T. 111 . 1987 . N. 78 et s ; Rep . de . dr . comm . clause compromissoire . compromis . T. 1 . 1988 . N . 78 et s .

وانظر أيضا : **حسنى المصرى** – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليـها – بنـد ١٨ ، ١٩ ص ١٧١ ومابعدها ، **المؤلف** – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليـها – بنـد ١٨٠ص ٥٦٤ ومابعدها .

(٢) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit . , P. 87 et s .

وانظر أيضا :

Rep . de . dr . civ . T . 11 . 2e ed . 1977 . N . 195 et s ; Rep . de . dr . comm . T. 1 . N . 81 et s ; Rep . de . proc . civ . Arbitrage . Droit interne . T. 1 . 1988 . N . 195 et s .

-- حيث يعتبر تجاريا بالنسبة للأول ، ومدنيا بالنسبة للثانى . كما يبطل شرط التحكيم متى ورد فى عقد بين شخصين غير تاجرين ، وكان موضوع العقد تجاريا بالنسبة لأحدهما ، ومدنيا بالنسبة للآخر - **كعقد بيع المحصولات الزراعية الذى يقع بين المزارع ، وشخص آخر غير تاجر إشتراها بغوض البيع ، وشراء غير التاجر لبضاعة بغرض إعادة البيع ، وإبرامه لعقد بالنسبة لكل منهما** (١) .

لم تنص الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها - على الأعمال التجارية بالتبعية ، وإنما استنبطها فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن من الفرض الذى يسعى إليه التاجر من خلال مباشرته لأعمال تعد فى طبيعتها مدنية ، ولكنه يستهدف من ورائها أعمال تجارته .

لذا ، فقد استقر فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن على أن تأخذ فى حكمها الأحكام الواردة فى القانون التجارى ، لتبعيتها للعمل التجارى الأصلى ، استنادا إلى قاعدة " **الفرع يتبع الأصل** " (٢) .

ويشترط لاعتبار هذه الأعمال المدنية أعمالا تجارية بالتبعية مايلى :

الشرط الأول :

أن يباشر هذه الأعمال تاجرا :

فإذا لم يكن تاجرا ، فإن هذه الأعمال لاتعد تجارية ، بل تظل أعمالا مدنية .

---

(١) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit . , P. 96 et s ; Rep . de . dr . comm . clause compromissoire . compromis . T. 1988 . N. 78 ets .

وانظر كذلك الأمثلة العملية لهذا الفرض ، والمشار إليها فى : **حسنى المصرى - شرط التحكيم** التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٢٠ ص ١٧٦ .

(٢) أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٢٠ ص ١٧٦ .

والشرط الثانى :

أن يباشر التاجر هذه الأعمال بمناسبة ، وبسبب أعمال تجارته :

أما إذا كانت هذه الأعمال منقطعة الصلة بتجارته ، فإنها تظل مدنيـــة . فإذا اشترى تاجر سيارة لاستخدامه الشخصى ، إعتبر هذا الشراء عملا مدنيـا كذلك ، إذا اشترى أساسا لتأثيث منزله ، ظل العمل مدنيا .

أما إذا اشترى التاجر سيارة – **وهذا التصرف يعد فى جوهـــره مـــن قبيـل الأعمال المدنية** – وكان غرضه من شراء هذه السيارة هو استخدامها لنقـــل البضائع الخاصة بتجارته ، فإن الشراء يعتبر من قبيـــل الأعمـــال التجاريـــة بالتبعية للعمل التجارى . كذلك ، فإن شراء الأثاث يعد من قبيـــل الأعمـــال المدنية – **بحسب الأصل** . أما إذا تم الشراء بقصد استخدامه – **أى الأثـــاث** – لاستقبال العملاء بالمحل التجارى للتاجر ، فإن الشراء ينقلـــب إلـــى عمـــل تجارى بالتبعية .

ومن المسلم به فى فرنسا أن شرط التحكيم ، وكما يجوز بين التجار فـــى الأعمال التجارية الأصلية **Les actes principaux** ، فإنه يجوز أيضـــا فى الأعمال التجارية بالتبعية **Les actes accessoires** .

ويلزم للقول بمشروعية شرط التحكيم فى فرنسا للفصل فى المنازعات الناشئة عن الأعمال التجارية بالتبعية الشخصية أن يكون العقد الـــذى تضمـــن هـــذا الشرط تجاريا بالنسبة لطرفيه معا ، وهو مايحصل فى عقد البيع الـــذى يقـــع بين تاجر أثاث ، وتاجر آخر يشتريه لتأثيث محله التجارى . ففى مثـــل هـــذا الفرض ، يعتبر العمل تجاريا أصليـــا بالنســـبة للبـــائع ، وتجاريـــا بالتبعيـــة الشخصية بالنسبة للمشترى ، ولاشك فى صحة شرط التحكيم عند وروده بهذا العقد ، أو مايشابهه [(١)] .

---

(١) أنظر : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – ص ١١٦ ومابعدهـا، محمد توفيف سعودى – القانون التجارى – الجزء الأول – ١٩٩٣ – ص ٣٦ ومابعدها .

وإذا كان شرط التحكيم وكما يكون صحيحا عندما يدرج فـــى العقـــود لتسوية المنازعات التجارية – **سواء كانت متعلقة بأعمال تجارية أصلية ، أو بأعمال تجارية بالتبعية الشخصية ، أى بالنظر إلى الأشخاص الذين يبرمون مثل هذا النوع من العقود** [١] – فهل يجوز القول فى فرنسا بصحة شـــرط التحكيم ، متى كـــان موضـــوع العقـــد الـــذى ورد فيـــه تجاريـــا بالتبعيـــة الموضوعية ؟ .

الأخذ بنظرية الأعمال التجارية بالتبعية الموضوعية يؤدى إلى توسيع نطـــاق القانون التجارى ، لأنها لاتعتمد على صفة القائم بالعمل ، وإنما تقـــوم علـــى طبيعة العمل ذاته . فيعتبر العمل المدنى تجاريا ، متى كـــان لازمـــا لعمـــل تجارى بطبيعته ، ولو كان القائم به غير تاجر [٢] . ومثال ذلك ، حالة شـــراء غير التاجر لبضاعة بغرض إعادة البيع ، وإبرامه لعقد نقل هذه البضاعة إلـــى السوق ، حيث يعتبر عقد البيع تجاريا بالنسبة للمشترى غير التـــاجر ، كمـــا يعتبر عقد النقل عملا تجاريا بالتبعية الموضوعية بالنسبة له كذلك .

وبالرغم من أن لنظرية الأعمال التجارية بالتبعيـــة الموضوعيـــة مـــن يؤيدها فى فرنسا [٣] ، إلا أن جانبا من فقه القانون الوضعى الفرنسى قد ذهب

---

(١) فى بيان تطبيقات عديدة لإدراج شرط التحكيم فى عقد من العقود التجارية بالتبعيـــة الشـــخصية ، أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . N. 49 .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ١٨ ص ١٧١ .

(٢) أنظر :

LEON – CAEN (C . H) et RENAULT : Traite de droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1921 . P . 20 et s .

(٣) أنظر :

LEON – CAEN RENAULT : op . cit . , p . 201 ; THALLER (E .) : Traite elementaire de droit commercial . 5e ed . 1916 . Paris . P. 58 .

إلى عدم جواز الأخذ بها فى نطاق شرط التحكيم ، حيث يتعارض ذلك مع ضرورة تفسير نص المادة (٣/٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية تفسيرا ضيقا ، وهى تتحدث عن المنازعات المتعلقة بعقود التجار .

ونتيجة لذلك ، فإن شرط التحكيم الذى يرد فى عقد النقل فى المثال المتقدم ذكره يعتبر باطلا ، لأن الشاحن غير تاجر . فإذا اشترى غير التاجر بضاعة لأجل البيع من شخص آخر غير تاجر ، كان قد اشتراها لأجل البيع أيضا فإن العقد يكون تجاريا بالنسبة لهما معا . ومن ثم ، يصح شرط التحكيم الوارد فى هذا العقد .

أما إذا قام المشترى بنقل البضاعة إلى السوق ، فإن شرط التحكيم الذى يرد بعقد النقل يقع باطلا ، لأن العقد يعتبر تجاريا بالنسبة للناقل ، ومدنيا بالنسبة للشاحن [١] .

وهذا هو الحل الذى نعتقد أنه يتفق مع ضرورة التفسير الضيق لنص المادة (٣/٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية ، حيث استوجبت أن يكون موضوع العقد تجاريا محضا ، باعتباره نصا قانونيا وضعيا خاصا يجيز شرط التحكيم - **كأصل عام** - فى المواد التجارية فى فرنسا [٢] .

وهناك أعمالا تجارية بالتبعية الشخصية . ومع ذلك ، يبطل بشأنها شرط التحكيم ، وهى الأعمال الناشئة عن أشباه العقود **quasi contrats** - **كالفضالة ، ودفع غير المستحق ، والإثراء بلا سبب** . وكذلك ، الأعمال الضارة ، متى كانت هذه الأعمال ، أو تلك متعلقة بحرفة تجارية ، ويبطل شرط التحكيم بشأن هذه الأعمال ، لأن المشرع الوضعى الفرنسى قد قيد مشروعية شرط التحكيم بالإتفاق عليه عند التعاقد ، حيث نصت الفقرة المضافة للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية على أنه يجوز

---

(١) أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٩/أ ص ١٧٢ .

(٢) أنظر : **المؤلف** - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٨٠/ثالثا ص ٥٦٨ .

للأطراف الإتفاق عند التعـاقد **ou moment ou elles contractent** وهو مايفترض تعلق النزاع بالعقود ، وليس بأشـــباه العقــود ، أو بالأفعـــال الضارة [١] ، وهذا يتفق مع ضرورة التفسير الضيق لمشروعية شرط التحكيـم وللنصوص القانونية الوضعية الفرنسية المقررة لصحة شرط التحكيـــم فـــى فرنسا .

وفيما يتعلق بنطاق تطبيق شرط التحكيم فى فرنسا بشأن الســـند الإذنـــى **Bille a ordre** ، والمحل التجارى **fonds de commerce** ، فإنــه يمكن ملاحظة مايلى :

(١) :

بالنسبة للسند الإذنى الذى يتضمن شـــرط الإلتجـــاء للتحكيم :

فإنه لاتثور صعوبة فى القانون الوضعى الفرنسى حـــول إعمـــال هـــذا الشرط ، والإعتراف بمشروعيته ، متى كان جميع الموقعيـــن عليـــه تجـــارا فيجوز لأى منهم الدفع بوجود شرط التحكيم ، إذا أقام أحدهم النزاع الناشـــئ عنه أمام المحكمة التجارية المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعـــه إذ الفرض أن جميع الموقعين عليه تجارا . ومن ثم ، يعتبر الســـند الإذنـــى عملا تجاريا بالنسبة لهم جميعا ، ويكون النزاع المذكور من بين المنازعـــات المنصوص عليها فى الفقرة المضافة للمادة (٦٣١) من المجموعة التجاريـــة الفرنسية .

---

(١) أنظر : حسنى المصرى – القانون التجارى – الكتاب الأول – ١٩٨٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ١٤٢ ومابعدها ، شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليـــها – بنـــد ١٨ ، ١٩ ص ١٧٢ ، ١٧٣ .

(٢) :

بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالمحل التجارى فى فرنسا :

فإن القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (١٧) مارس سنة ١٩٠٩ بشأن بيع المحال التجارية ، ورهنها قد تضمن قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، لايجوز الإتفاق على مخالفتها . ولما كان ذلك ، وكان شرط التحكيم لايجوز فى القانون الوضعى الفرنسى إلا إذا تعلق بالحقوق التى يتمتع فيها الأفراد ، والجماعات بحرية التصرف ، أو التصالح عليها ، فإنه لايصح شرط التحكيم الذى يرد فى عقد بيع المحال التجارية ، أورهنها ، متى كان الغرض من هذا الشرط هو استبعاد هذا العقد أو ذاك من نطاق القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (١٧) مارس سنة ١٩٠٩ بشأن بيع المحال التجارية ، ورهنها

والحلول المتقدمة التى تقررت فى فرنسا بشأن صحة شرط التحكيم الوارد فى عقد بيع المحال التجارية ، ورهنها يمكن الأخذ بها فى مصر .

أما الحل المقرر بشأن شرط التحكيم الوارد فى السند الإذنى ، فلا يصلح الأخذ بها فى مصر ، حيث لايفرق القانون الوضعى المصرى بين صحة شرط التحكيم فى المنازعات المدنية ، وصحته فى المنازعات التجارية ، إذ يجوز هذا الشرط بالنسبة لهما معا [1] .

القانون الوضعى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، والذى أضاف الفقرة الثانية للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية –والذى قرر بموجبها للمرة الأولى فى فرنسا صحة شرط التحكيم فى المواد التجارية :

---

[1] أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٨٠/ثالثا ص ٥٧٩ ، ٥٨٠ .

" يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ من منازعات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما سبق " يكون ورغم انتقاد فقه القانون الوضعى الفرنسى لمسلك القضاء الفرنسى فى الإستقرار على بطلان شرط التحكيم قد أكد مسلك القضاء الفرنسى فى هذا الشأن :

المشرع الوضعى الفرنسى ، ومن خلال القانون الوضعى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، والذى أضاف الفقرة التالية للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية – **والذى قرر بموجبها للمرة الأولى فى فرنسا صحة شرط التحكيم فى المواد التجارية :**

" يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ من منازعات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما سبق " يكون – **ورغم انتقاد فقه القانون الوضعى الفرنسى لمسلك القضاء الفرنسى فى الإستقرار على بطلان شرط التحكيم** – قد أكد مسلك القضاء الفرنسى فى هذا الشأن ، لأنه إذا لم يكن شرط التحكيم باطلا فى الأصل ، لما كان هناك حاجة لإصدار تشريع وضعى فرنسى خاص ينص على صحة شرط التحكيم وجوازه بالنسبة للمسائل التجارية .

كما أن المشرع الوضعى الفرنسى قد عاد وأكد ماستقر عليه القضاء الفرنسى -- **قطعا للخلاف حول بطلان شرط التحكيم** – بمقتضى المادة (٢٠٦١) من المجموعة المدنية الفرنسية – **والمضافة بموجب القانون الوضعى الفرنسى رقم (٧٢ - ٦٢٦) ، والصادر فى الخامس من شهر يوليو سنة ١٩٧٢** – والتى تنص على أنه :

" بطلان شرط التحكيم إلا فى الحالات المنصوص عليها قانونا " .

التدخل التشريعى بمقتضى القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ فى فرنسا كان مسبوقا بموقف

قضائي يناقض نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

لأن بطلان شرط التحكيم في ظل مسلك القضاء الفرنسي في الإستقرار على بطلان شرط التحكيم كان بطلانا نسبيا غير متعلق بالنظام العام في القانون الوضعي الفرنسي ، ولاتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ، وإنما لابد أن يكون بناء على طلب ، يكون مقدما من أحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ذوى المصلحة في طلب البطلان [1] ، فإن الأطراف الفرنسيين كانوا يستطيعون أن يبرموا عقودا - **سواء في خارج فرنسا ، أو في داخلها " عقود التجارة الدولية "** - ويدرجوا فيها شروطا للتحكيم للفصل في المنازعات المحتملة ، وغير المحددة ، والتي يمكن أن تنشأ عن تفسير هذه العقود ، أو تنفيذها ، والتي تحيل إلى قانون وضعي أجنبي يعترف بمشروعية شرط التحكيم .

بمعنى ، أن التدخل التشريعي بمقتضى القانون الوضعي الفرنسي الصادر في (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ في فرنسا كان مسبوقا بموقف قضائي يناقض نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة - **والتي كانت تقضي ببطلان شرط التحكيم** - حيث اتجهت المحاكم التجارية في فرنسا إلى استبعاد تطبيق نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة على عقود التجارة الدولية المبرمة في فرنسا ، متى كانت هذه العقود قد تضمنت الإحالة إلى قانون وضعي أجنبي ، يعترف بمشروعية شرط التحكيم [2] .

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . P. 22 et s .

(٢) أنظر :

إجازة شرط التحكيم الوارد فى عقد التأمين البحرى ، فى ظل التيار القضائى الذى كان قد تبنى بطلان شرط التحكيم فى فرنسا :

كانت المادة (٢٣٢) من المجموعة التجارية الفرنسية تنص على صحة شرط التحكيم الوارد فى عقد التأمين البحرى [١] ، فى ظل التيار القضائى الفرنسى الذى كان قد تبنى بطلان شرط التحكيم ، وعدم الإعتراف بصحته فى فرنسا ، جريا وراء المبدأ الذى قررته محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الشهير ، والذى أصدرته فى (٣٠) يوليو سنة ١٨٤٣ ، والذى كان قد أجاز فقط الإتفاق الذى يبرمه الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بعد نشأة النزاع ، بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فيه ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه .**

إجازة المشرع الوضعى الفرنسى شرط التحكيم فى بعض المنازعات المدنية :

أجاز المشرع الوضعى الفرنسى شرط التحكيم فى بعض المنازعات المدنية – **كعقود العمل الجماعية** – حيث يجوز إدراج شرط التحكيم فى اتفاقات العمل الجماعية ، تحسبا لقيام أى نزاع عمالى جماعى . حيث نصت المادة (٥٢٥) من قانون العمل الفرنسى على أنه :

" **يجوز أن ينص اتفاق العمل الجماعى على إجراء تحكيمى تعاقدى وإعداد قائمة بالمحكمين بموجب اتفاق مشترك بين الأطراف** " .

Repertoire de droit commercial . N . 55 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART: op . cit . , P. 574 et s .

(١) أنظر :

Dalloz – Nouveau Repertoire de droit . N . 71 et s .

وقد رأى جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى أن شرط التحكيم يكون عندئذ غير ملزم للأطراف ذوى الشأن بالإلتجاء إلى التحكيم ، عندما يثور بينهم نزاعا عماليا جماعيا ، ولهم حرية الخضوع لهذا الشرط ، أو عدم الخضوع له ، والقول بعكس هذا ، معناه جعل التحكيم إجباريا بموجب الإتفاق . فإذا نشب نزاعا عماليا جماعيا بين الأطراف ذوى الشأن ، واختاروا الخضوع لشرط التحكيم ، فإن كل ماهنالك أنهما يصبحون ملزمين باتباع الإجراء التحكيمى الإتفاقى ، حسب التسلسل المنصوص عليه فى شرط التحكيم ، ويكون عليهم اختيار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، من القائمة التى سبق إعدادها من قبل فى الإتفاق المشترك [١] .

بينما رأى جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى أن ورود شرط التحكيم فى اتفاق العمل الجماعى يجعل الإلتجاء إلى نظام التحكيم واجبا ، إذا ثار نزاعا ينص عليه شرط التحكيم [٢] .

وقد أخذت المحكمة العليا الفرنسية للتحكيم بالرأى المتقدم ، حيث قررت أنه :

" الأطراف ملزمين بإحالة منازعاتهم على نظام التحكيم الذى ورد النص عليه تعاقديا " [٣] ، وهذا هو الرأى الراجح فى فرنسا [٤] . وتأسيسا

---

(١) أنظر :

BRUNETH – GALLARD : Les rapports collectifs du travail . T . 11 . 2e ed . 1978 . N . 1175 . P . 541.

(٢) أنظر فى عرض هذا الرأى : الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر :

C . sup arb . 19 Janv . 1978 . Dr . soc . 1978 . P .222 . Conci . M. MORISOT .

(٤) أنظر :

على ذلك ، فإنه يجوز إنشاء إجراء تحكيمى إتفاقى ، مخالفا للتحكيم القانونى حيث أجازت المحكمة العليا الفرنسية للتحكيم تعيين أشخاصا عديدين للقيام بمهمة التحكيم ، بموجب الإتفاق الجماعى ، فى حين أن القانون الوضعى الفرنسى - **وبخصوص التحكيم الإتفاقى** - يقضى بتعيين محكما واحدا [١] .

ومع ذلك ، فقد قررت المحكمة العليا الفرنسية للتحكيم أن الأحكام المتعلقة بقرار التحكيم ، والطعن عليه لدى المحكمة العليا الفرنسية للتحكيم تظل خارج مجال النصوص التعاقدية ، وتبقى محكومة بالنصوص القانونية **الوضعية الفرنسية فحسب** [٢] .

وقد عرفت المادة (١٤٤٧) من مجموعة المرافعات الفرنسية مشارطة التحكيم بأنها :

" **الإتفاق الذى يلتزم بمقتضاه أطراف نزاع معين قائم بالفعل بينهم بعرضه على التحكيم ، للفصل فيه بواسطة شخص ، أو أكثر من اختيارهم** "

وبهذا ، فقد أجاز القانون الوضعى الفرنسى التجاء الأفراد ، والجماعات إلى إبرام مشارطات تحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، مادام أن التحكيم يرد على أحد المنازعات الجائز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، وكان متعلقا بعلاقة قانونية محددة - **عقدية كانت ، أم غير عقدية** .

C . sup . arb . 8 Dec . 1971 . Dr . soc . 1972 . P . 454 . conci . FLECK .

(١) أنظر :

A . BRUNET (H .) et GALLARD : op . cit ., P . 544 et s .

(٢) أنظر :

C . sup . arb . 28 Juin . 1973 . Dr . soc . 1974 . P . 532 . conci . M . MORISOT .

المطلب الثانى

نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

عرف القانون الوضعى المصرى التحكيم بصورتيه " **شرط التحكيم ومشارطته** " **المادتان (١/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣ لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - (١٠) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** [1] " ، فقد كل من شرط التحكيم ومشارطته على قدم المساواة . حيث تنص المادة العاشرة من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على أنه :

" **إتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت ، أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية** " .

فالتحكيم يكون جائزا فى القانون الوضعى المصرى فى المنازعات المدنية والتجارية على حد سواء ، دون تفرقة بينهما - **سواء كان فى صورة شرط**

---

[1] فى استعراض التطبيقات القضائية بشأن التحكيم ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ٩٣ ومابعدها .

للتحكيم ، يكون سابقا على نشأة النزاع بين الأطراف ذوى الشأن ، والمـــراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، أم فى صورة مشارطة تحكيـــم ، يتـــم إبرامها بين الأطراف ذوى الشأن ، بعد نشأة النزاع بينهم ، والمراد الفصـــل فيه عن طريق نظام التحكيم ، لمسايرة تطور الممارسة العمليـــة ، والـــتزايد نحو إدراج شروط للتحكيم فى جميـــع العقـــود التـــى تـــبرم بيـــن الأفـــراد والجماعات - سواء كانت عقودا مدنية ، أم تجارية ، أم مختلطة " وطنيـــة أم دولية " ، أم إدارية .

المطلب الثالث

شرط التحكيم فى العقود المختلطة [١] .

يتم العمل التجارى بوجه عام بين شخصين . وقد يعتبر العمل تجاريـــا بالنسبة لكل منهما ، وقد يعتبر مدنيا بالنسبة لهما معا . على أن العمـــل قـد يكون تجاريا بالنسبة لأحد طرفيه ، ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر ، كمـا لـو اشترى تاجرا محصولا من مزارع ، أو باع التاجر سلعة للمســتهلك . ففـى مثل هذه الحالات ، وماشابهها ، تسمى هذه الأعمال ، ومايماثلـــها بالأعمـال المختلطة [٢] .

ولاتقتصر نظرية الأعمال المختلطة على العقود فحسب ، بل تمتد أيضا إلـى المسئولية الناشئة عن الأفعال الضارة . فالتاجر الذى ينقل بضاعته فى سـيارة وتتسبب السيارة فى إصابة شخص ، فإن مسئوليته عن أداء التعويض تعتـبر تجارية بالتبعية . أما بالنسبة للمصاب ، فإن المطالبة بالتعويض تعتبر مدنية

---

(١) أنظر :

ROBERT (J .) : Arbitrage . ed . 1961 . P . 143 et s ; FOUCHARD (PH .) : La clause compromissoire dans le contrat mixte . Rev . arb . 1971 . 1 . P . 1 et s ; HERVE – CHASSERY : La clause compromissoire . P .90 et s ; Rep . de . dr . civ . N. 197 ets .

وانظر أيضا : محمد لبيب شنب – الأعمال التجارية المختلطة ، ونظامها القانونى – مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة عين شمس – السنة السادسة – يوليـو – سنة ١٩٦٤ – العدد الثانى – ص ٢٤٦ ومابعدها ، حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٧ ص ١٧١ ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٨١ ومايليه ص ٥٧٠ ومابعدها .

(٢) فى دراسة النظام القانونى للأعمال المختلطة ، أنظر : محمد لبيب شنب – الأعمـال المختلطـة ، ونطاقها ، ونظامها القانونى – بند ١٥١ ومايليه ص ٢٨٩ ومابعدها .

ويتعلق بموضوع الأعمال المختلطة مسألتين :

المسألة الأولى :

الإختصاص القضائي بنظر المنازعات الناشئة بمناسبة الأعمال المختلطة .

والمسألة الثانية :

تعيين القانون الواجب التطبيق على الأعمال المختلطة .

وفيما يتعلق بالإختصاص القضائي بنظر المنازعات الناشئة بمناسبة الأعمال المختلطة :

فإنه يثبت بالنسبة للأعمال المختلطة للمحكمة المدنية ، أو المحكمة التجارية ، بحسب صفة العمل بالنسبة للمدعى عليه ، تطبيقا للقاعدة العامة فى الإختصاص القضائي المحلي ، والتى تقضى بأن المدعى يجب أن يقيم دعواه أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه . حيث تنص المادة (١/٤٩) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

"**يكون الإختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه ، مالم ينص القانون على خلاف ذلك** " .

وبناء على ذلك ، فإنه إذا كان العمل المختلط مدنيا بالنسبة للمدعى عليه وجب على المدعى أن يقيم دعواه القضائية أمام المحكمة المدنية - **باعتبارها المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه** .

أما إذا كان العمل المختلط تجاريا بالنسبة للمدعى عليه ، فقد استقر الرأى على أنه يجوز للمدعى أن يقيم دعواه القضائية أمام المحكمة التجارية أو أمام المحكمة المدنية - **بحسب اختياره** - لأن القضاء التجارى يكون قضاء استثنائيا ، غير مألوف بالنسبة للطرف المدنى ، ويجب أن يترك له الحق فى أن يختار بين هذا القضاء ، والقضاء المدنى صاحب الولاية العامة

والإختصاص القضائى بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعـــات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص [١] .

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الأعمال المختلطة :

فإنه ينظر إلى طبيعة النزاع ، وليس إلى المحكمة المختصة بالفصل فـــى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها . بمعنى ، أن القانون المدنى يطبـــق على الجانب المدنى من العملية ، حتى ولو كـــان الـــنزاع معروضـــا علـــى المحكمة التجارية ، كما يطبق القانون التجارى على الجانب التجارى منـــها . وعلى ذلك ، إذا رفع التاجر دعواه القضائية على المزارع ، مدعيا أنـــه لـــم يتسلم المحصول ، فإن عليه أن يثبت هذا الإدعاء بالكتابة ، متى كانت قيمـــة المحصول تزيد على مائة جنيه " **المـــادة (١/٦٠) مـــن قـــانون الإثبـــات المصرى رقم (٢٥)** لسنة ١٩٦٨ " [٢] ، لأن العملية بالنســـبة للمـــزارع **تكون من طبيعة** مدنية . أما إذا كانت الدعوى القضائية مرفوعة من المـــزارع مدعيا فيها أنه قد قام بتسليم المحصول إلى التاجر ، وأنه لم يقتـــض الثمـــن فإن له الحق فى إثبات هذه الواقعة بكافة طـــرق الإثبـــات - **كالشـــهادة ، أو القرائن** - لأن العملية تكون بالنسبة للتاجر من طبيعة تجارية ، ومن المعلـــوم

---

[١] أنظر : **حسنى المصرى** - القانون التجارى - بند ٣٦ ومايليه ص ١١٥ ومابعدها .

[٢] تنص المادة (١/٦٠) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ على أنه : " فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على مائة جنيه ، أو كان غير محدد القيمـــة فلاتجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلـــك " . وقـــد رفعت قيمة التصرف القانونى إلى هذا الحد " مائة جنيه " بمقتضى القانون الوضعى المصرى رقـــم (٢٣) لسنة ١٩٩٢ ، وكانت قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى المذكور عشرين جنيها فقط .

أن الإثبات فى المسائل التجارية يكون جائزا بكافة طرق الإثبات ، سواء رفع المزارع دعواه القضائية أمام المحكمة المدنية ، أو أمام المحكمة التجارية [١]

وقد ثار التساؤل حول مدى جواز إدراج شرط التحكيم فى العقود المختلطة **contrats mixtes** [٢] ؟ .

إتجه الرأى الراجح فى فرنسا إلى القول ببطلان شرط التحكيم فى العقود المختلطة ، باعتبار أن قصد المشرع الوضعى الفرنسى حينما شرع شرط التحكيم إنما كان ينصب على المنازعات الحاصلة بين التجار بشأن حياتهم التجارية ، وهو مايفترض أن يكون العقد بين تاجرين ، وأن يكون موضوعه تجاريا بالنسبة لهما معا [٣] . فضلا عن أن المشرع الوضعى الفرنسى لو

---

(١) أنظر :

EL – GOHARY MOHAMED FAHMY : L'arbitrage et les contrats a longe terme . These . Renne . 1982 . T. 1 , N . 113 et s . P .98 et s .

وانظر أيضا : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٢٨٢ ص ٥٧٠ ومابعدها .

(٢) فى استعراض الجدل فى فقه القانون الوضعى الفرنسى حول مدى جواز إدراج شرط التحكيم فى عقد مختلط ، أنظر :

FOUCHARD (P . H .) : La clause compromissoire inseree dans un contrat mixte . Rev . arb . P .3 et s ; HAMEL et LAGARDE : Droit commercial . T.1 . N. 71 ; ROBERT (j .) et MOREAU (B .) : L'arbitrage . Droit interne . Droit international . 5e ed . Dalloz . Paris . P. 65 .

وانظر أيضا : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٨٣ ، ١٨٤ ص ٥٧٢ ومابعدها

(٣) أنظر :

FOUCHARD (P . H .) : La clause compromissoire inseree dans une acte mixte . Rev . arb . 1971 . P. 1 et s ; L'arbitrage commercial international .

كان قد أجاز شرط التحكيم فى العقد المختلط - **والذى قد يقع بين تاجر وغير تاجر** - لكانت هذه الإجازة قد انقلبت وبالا على غير التاجر ، فى الأحوال التى يفرض فيها التاجر هذا الشرط على عميله غير التاجر ، وهو مايحدث عند إذعانه للتحكيم فى المنازعات المستقبلية ، المحتملة ، وغير المحددة ، لحظة إدراج شرط التحكيم فى العقود المختلطة ، وبموجب شرط التحكيم المطبوع فى العقد الأصلى [1] .

وإذا كان شرط التحكيم - **وفقا للرأى الراجح فى فرنسا** - باطلا فى العقود المختلطة ، فما هى طبيعة هذا البطلان ؟ .

إتجهت بعض أحكام القضاء فى فرنسا [2] إلى القول بأن بطلان شرط التحكيم المدرج فى العقود المختلطة هو بطلانا نسبيا ، غير متعلق بالنظام

N . 24 . P. 12 , 13 . N. 27 . P. 15 . N . 90 ; **HAMEL et LAGARD** : op . cit . , P . 130 ; **ROBERT (J .)** : Arbitrage . 3e ed . 1961 . P. 144 .

وانظر أيضا :

Lyon . 12 Mai . 1958 . Rev . arb . 96 et La note; Bonreux . 20 Dec . 1960 . D . 1961 . 225 ; Cass . com . 2 Dec. 1964 . J . C. P . 1965 . 11 . 14041 . Note : P . L . D . 1965 . 412 .

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . N . 55 . P . 57 et s .

وانظر أيضا : **محمد لبيب شنب** - الأعمال المختلطة - نطاقها ، ونظامها القانونى - ص ٣ ومابعدها ، **حسنى المصرى** - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٧ ص .

(٢) أنظر :

Paris . 14 Mai , 1978 . Rev . arb . 1978 . 2 . 1 . Note : **FOUCHARD** ; Paris . 13 Janv . 1981 . Rev . arb . 1982 . 66 . Note : **MEZGER** .

وانظر أيضا فى الأخذ بفكرة البطلان النسبى لشرط التحكيم المدرج فى العقود المختلطة : **أشرف عبد العليم الرفاعى** - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٤٥ .

العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، ويتقرر مراعـــاة للمصلحـــة المحضـــة **interet exclusif** لغير التـــاجر " **أى الطـــرف المدنـــى** " ، ولايســـتطيع الطرف الآخر - **والذى يعتبر العمل تجاريا بالنسبة له** - أن يتمسك ببطـــلان شرط التحكيم ، حيث يلتزم التاجر بمقتضى الشرط المذكور بالخضوع لنظـــام التحكيم ، طالما لم يتمسك الطرف المدنى غير التاجر ببطلان شرط التحكيـــم ويكون غير التاجر بالخيار بين الخضوع لنظام التحكيـــم ، وإجراءاتـــه ، أو عدم الخضوع له ، فيتمسك بشرط التحكيم فى الحالـــة الأولـــى ، ويتمســـك ببطلانه فى الحالة الثانية [١] .

فإذا رفع التاجر النزاع إلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع شرط التحكيم ، كان للطرف المدنى أن يتمسك ببطلانه . أما إذا كان الطرف المدنى قد تمسك بشرط التحكيم - **سواء فى الدعوى القضائيـــة المرفوعـــة عليه ، أو فى الدعوى التى رفعها هو أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـــى النزاع موضوع شرط التحكيم** - فليس لغير التاجر عندئذ أن يتمسك ببطـــلان شرط التحكيم .

أما التاجر ، فإنه يخضع عندئذ لنظام التحكيـــم ، بمقتضـــى شـــرط التحكيـــم ولايجوز له التمسك ببطلانه [٢] .

غير أن محكمة النقض الفرنسية [٣] ، وبعـــض أحكـــام القضـــاء الفرنســـى الأخرى [٤] قد قضت ببطلان شرط التحكيم فى العقد المختلط ، ســـواء فـــى

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . N . 53 . P. 56

(٢) أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٨٣ ص ٥٧٤ .

(٣) أنظر :

مواجهة التاجر ، أو غير التاجر . بمعنى ، الأخذ بفكرة البطلان المطلق لشرط التحكيم فى العقود المختلطة .

وقد انتقد جانب من فقه القانون الوضعى المقارن مسلك محكمة النقض الفرنسية ، وبعض أحكام القضاء الفرنسى الأخرى ، فى تقريرها البطلان المطلق لشرط التحكيم الوارد فى عقد مختلط تكون محل نظر ، لأن القضاء الفرنسى – **وقبل تدخل المشرع الوضعى الفرنسى ، وإجازته لشرط التحكيم فى المواد التجارية** – كان قد استقر على أن بطلان شرط التحكيم فى فرنسا هو بطلانا نسبيا ، استنادا إلى نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، والتى استوجبت تحديد موضوع النزاع ، وبيان أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى مشارطة التحكيم ، وإلا كانت باطلة ، أى أن المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة لاتتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، حيث كان من الجائز تصحيح البطلان الناجم عن عدم تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم فى اتفاق لاحق ، أو بالمثول أمامهم وأنه من المستحيل أن تكتسب المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات

Cass . com . 2 Decembre . 1964 . J. C. P. 1965 – 14041. Note : P. L . D . 1965 . 412 ; Cass . com . 5Mai . 1982 . Bull . 11 . N. 9 ; Rev . arb . 1983 . P . 75 . Note : J . RUBELLIN – DEVICHI .

(٤) أنظر :

Trib . civ . Seine . 1er Avr , 1946 . D . 1946 . 353 ; Paris . 17 Dec . 1957. J. C. P . 1958 . 11 . 10778 . Note : MOTULSKY ; Lyon . 12 Mai . 1958 . Rev .arb . 1958 . 96 et la Note .

الفرنسية السابقة طابع النظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، لمجـرد أن شرط التحكيم قد أدرج فى عقد مختلط [١] .

ويرى جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى - **وبحق** - عدم ملاءمـة بطلان شرط التحكيم في العقود المختلطة ، باعتبار أن الهدف الـذى يرمـى إليه القائلون ببطلان شرط التحكيم المدرج فى العقود المختلطة إنما هو حماية غير التجار من قبول شروط تحكيم ، تحت ضغط التجار عليهم عند التعـاقد وقد لاتتجه ارادتهم حقيقة عن رضـا ، واقتنـاع إلـى قبـول مثـل هـذه الشروط [٢] . خاصة ، وأن الممارسة العملية تكشف عـن إقبـال التجـار ، وغير التجار على إدراج شروط تحكيم فى معاملاتهم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها ، وازدياد خبرة غير التجار فى مجال التحكيـم - **سواء على المستوى الوطنى ، أم على المستوى الدولى** - ومـن احاطتـهم بما يمكن أن يترتب على إدراج شروط التحكيم فـى عقودهـم مـع التجـار وغيرهم [٣] .

---

(١) فى انتقاد مسلك محكمة النقض الفرنسية ، وبعض أحكام القضاء الفرنسى الأخرى بتقرير البطـلان المطلق لشرط التحكيم الوارد فى عقد مختلط ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظـام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٤٥ .

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 3 . P. 58 et s .

وانظر أيضا : **المؤلف** - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشـار إليـها - بنـد ١٨٤ ص ٥٧٥ ومابعدها .

(٣) وقد قررت محكمة باريس فى حكمها الصادر فى (١٩) يونية سـنة ١٩٧٠ أن شـرط التحكيـم لايشكل مخالفة للنظام العام الدولى ، إذا كان موضوعه يشترك فيه الطابع المدنى ، مع التجارى " أى عقـدا من العقود المختلطة " ، أنظر :

Paris , 19 Juin . 1970 . Rev . arb . 1972 . P. 671 . J . C . P . 1971 . 16927 . Note : GOLDMAN .

وانظر أيضا فى قصر بطلان شرط التحكيم فى العقود المختلطة على التحكيم الداخلـى ، وعـدم تطبيـق ماانتهى إليه القضاء الفرنسى فى هذا الشأن على التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة : أشـرف عبـد

ومن ثم ، فلا يوجد مبرر للتفرقة بين المنازعات التجارية ، والمنازعات المدنية ، فيما يتعلق بمشروعية شرط التحكيم . ذلك أنه إذا توافرت الضمانات التشريعية التى تحمى حقوق الأفراد ، والجماعات عند التجائهم لنظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، فإنه لايكون هناك مانعا من إدراج شروط التحكيم فى العقود المختلطة .

والأمر المؤكد أن شرط التحكيم قد أصبح أمرا يستعصى على الإنكار ، بل إنه أصبح الأمر الأكثر شيوعا فى الواقع العملى فى مختلف العقود المدنية والتجارية على حد سواء ، فى كافة الأنظمة القانونية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها [1] . فشرط التحكيم قد احتل مكانة بارزة فى التجارة الدولية ، نظرا لشيوعه فى المعاملات . وخاصة ، الدولية منها .

والتفرقة بين المنازعات التجارية ، والمنازعات المدنية بخصوص الحديث عن مشروعية شرط التحكيم فى فرنسا تولد صعوبات جمة أمام القضاء الفرنسى ، إذ أنه – وبصدد الفصل فى مسألة الإختصاص القضائى – يضطر إلى تمييز الأعمال التجارية عن الأعمال المدنية ، حيث يثور التساؤل عما إذا كان النزاع خاضعا لقضاء التحكيم ، أم للقضاء العام فى الدولة . فضلا عن أنها لاتقوم على سبب منطقى ، حيث لايقبل الإعتراف بمزايا نظام التحكيم فى بعض المنازعات ، وإنكارها فى البعض الآخر منها . فما دام اختيار الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم – للفصل فى منازعاتهم الحالة

العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٤٥ .

[1] أنظر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٨٥ ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – ص ١٤٥ .

أو المستقبلية ، وغير المحددة – لايتعارض مع النظام العام فـى القانون الوضعى الفرنسى ، فإنه لابأس إن هم فضلوا وسيلة على أخـرى ، بحسب مايرتاح إليه وجدانهم ، ويتفق ومصالحهم . وحسنا مافعله المشرع الوضعى المصرى حين أجاز التجاء الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم – **للفصل فى منازعاتهم الحالة ، أو المستقبلية ، وغير المحددة** – أى سواء كـان فـى صورة شرط للتحكيم ، يكون سابقا على نشأة النزاع بين الأطراف ذوى الشأن ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، أم فى صورة مشارطة تحكيم ، يتم إبرامها بين الأطراف ذوى الشأن ، بعد نشأة النزاع بينهم والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، ولم يفرق المشرع الوضعى المصرى فى مشروعية نظام التحكيم بين المنازعات التجارية ، والمنازعات المدنية .

لأجل ذلك ، فإننا نرى ضرورة تدخل المشرع الوضعى الفرنسى بتعديل تشريعى جديد للنصوص المنظمة للتحكيم ، يقرربموجبه مشروعية شرط التحكيم فى المنازعات المدنية ، والتجارية على حد سواء ، دون تفرقة بينهما ، أى إجازة شرط التحكيم فى جميع المنازعات ، سواء ماكان منها ناشئا عن عقد تجارى ، أم عقد مدنى ، أم عقد إدارى – **على غرار النظام القانونى الوضعى المصرى** – ليساير بذلك تطور الممارسة العملية ، والإزدياد نحو إدراج شروط التحكيم فى المعاملات الدولية ، والوطنية على حد سواء . وإن كان المشرع الوضعى الفرنسى قد توسع فى إجازة التجاء الأفراد والجماعات إلى نظام التحكيم ، فى صورة شرط للتحكيم ، للفصل فى منازعات محتملة ، وغير محددة ، يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بالرغم من طبيعتها المدنية ، بحيث لم يعد الحال كما كان عليه فى الماضى فى فرنسا ، وهو أن الأصل هو بطلان شرط التحكيم ، والإستثناء هو إجازته

ولكن تبدلت القاعدة ، بحيث صار الأصل هو إجازة شرط التحكيم والإستثناء هو الحظر [1] .

(1) أنظر : **المؤلف** - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٧٧ ص ٥٥٨ ، بند ١٨٤ ص ٥٧٦ .

المبحث الثامن
الخلاف الفقهى حول الطبيعة القانونية للإتفـــاق علـــى التحكيم - شرطـــا كان أم مشارطة .

تمهيد ، وتقسيم :

إذا كان الإتفاق على التحكيـم يتخـذ فـى العمـل إحـدى صورتين " **شرطا للتحكيم ، أو مشارطته** " ، **أى سواء كان فى صورة شـرط للتحكيم** ، يكون سابقا على نشأة النزاع بين الأطراف ذوى الشأن ، والمـــراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، أم فى صورة مشارطة تحكيـــم ، يتـم إبرامها بين الأطراف ذوى الشأن ، بعد نشأة النزاع بينهم ، والمراد الفصـــل فيه عن طريق نظام التحكيم ، فإنه قد ثار الخلاف طبيعته القانونيـــة ، بيـن اتجاه يسلم بطبيعته العقدية . وآخر يسلم بطبيعته الإجرائية ، ولكل منهما مـن الحجج والأسانيد التى يستند إليها فى تأييد وجهة النظر التى يتبناها .

وتسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبيـــن متتاليين ، وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول :

الإتجاه الأول :

الإتفاق على التحكيـــم - شـــرطا كـــان ، أم مشارطة - ذو طبيعة إجرائية .

والمطلب الثانى :

الإتجاه الثانى :

الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة ذو طبيعة تعاقدية .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

المطلب الأول

الإتفاق على التحكيم - شرطا كان أم مشارطة - ذو طبيعة إجرائية [١] .

يرى أنصار هذا الإتجاه أن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - ماهو إلا عقدا إجرائيا ، له طبيعة إجرائية ، نظرا لتأثيره المباشر فى الخصومة القضائية ، وإجراءات التقاضى ، فهو يرتب آثارا قانونية عديدة فى ذمة عاقديه ، وأهمها :

الأثر الإيجابى :

ويتمثل فى التزام أطرافه بعرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه للفصل فيه - دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه

والأثر السلبى :

ويتمثل فى منع عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على القضاء العام فى الدولة ، ومنع هذا القضاء من الفصل فيه :

فالإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - يمنع القضاء العام فى الدولة من نظر النزاع المتفق على الفصل فيه عن طريق هيئة التحكيم المكلفة بالفصل ، ويخول المدعى عليه دفعا بذلك ، وهو مايسمى بالدفع بوجود الإتفاق على التحكيم .

---

(١) فى تأييد جانب من فقه القانون الوضعى الإيطالى للإتجاه القائل بأن الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - ذو طبيعة إجرائية ، أنظر : **فتحى والى** - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٤٤٤ ص ٩١٣ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - الجزء الأول - إتفاق التحكيم - بند ٣١ ص ٨٩ - الهامش رقم (٢) ، **المؤلف** - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١١ ص ٣٠ ، ٣١ .

كما أن الإتفاق على التحكيم يخول هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع محل التحكيم - **والتى تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية** - سلطة القضاء بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بخصوص النزاع محل التحكيم ، والفصل فيه بحكم تحكيم ، يكون ملزما لهم ويقوم بديلا عن حكم القضاء العام فى الدولة [١] .

فضلا عن أن الإتفاق على التحكيم عادة ماينظم خصومة التحكيم فى كثير من الأمور التى تركتها الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - لإرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . بالإضافة إلى ماقامت به هذه الأنظمة القانونية الوضعية من إيراد قواعد تفصيلية إجرائية لخصومة التحكيم ، وهى إجراءات تماثل ، وإن لم تكن تتطابق مع إجراءات الخصومة القضائية " **المواد (١٤٦٩) ومابعدها من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (٥٠٦) - (٥٠٩) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - (٢٥) - (٣٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية** " [٢] .

---

[١] فى استعراض التطبيقات القضائية بشأن خصومة التحكيم ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ١٩٨ .

[٢] فى دراسة خصومة التحكيم ، أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٩٤ ومايليه ص ٢٢٢ ومابعدها ، وجدى راغب فهمى - خصومة التحكيم - مقالة مقدمة فى مؤتمر التحكيم فى القانون الداخلى ، والقانون الدولى - العريش فى الفترة من (٢٠) إلى (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٩٣ ، محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٠٢ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - بند ٤٨ ومايليه ص

المطلب الثانى

الإتفاق على التحكيم ـ شرطا كان أم مشارطة – ذو طبيعة تعاقدية (١) .

يرى أنصار هذا الإتجاه ـ وبحق – أن الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم **مشارطة** – هو عقدا يتم باتفاق الأفراد ، والجماعات ، ويعتبر مظهرا لسلطان إراداتهم ، واستعمالا منهم لحقهم فى الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، من أجل الفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، والقائمة ، أو المحتملة وغير المحددة** " التى يمكن أن تنشأ بينهم ، عن غير طريق القضاء العام فى الدولة .

---

٨٩ ومابعدها ، **عبد الحميد المنشاوى** – التحكيم الدولى ، والداخلى – ١٩٩٥ – ص ٤٩ ومابعدها ، **عبد الحميد الشواربى** – التحكيم ، والتصالح – ١٩٩٦ – ص ٤٩ ومابعدها ، **أشرف عبد العليم الرفاعى** – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ٢٥٢ ومابعدها ، **على سالم إبراهيم** – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٢٤٩ ومابعدها ، **على بركات** – خصومة التحكيم – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – ١٩٩٧ .

(١) من أنصار هذا الإتجاه ، أنظر : **فتحى والى** – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٤٤٠ ص ٩١٢ ، **محمود محمد هاشم** – إتفاق التحكيم – ١٩٨٦ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ٢٩ ص ٥٤ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ١٩٩١– دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ٣١ ص ٨٨ .

وانظر أيضا : الفقه الإيطالى المشار إليه فى : **محمود محمد هاشم** – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ١٩٩١– دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ٣١ ص ٨٩ – الهامش رقم (١) .

فالإتفاق على التحكيم – سواء كان فى صورة شرط للتحكيم ، للفصل فى نزاع محتمل ، وغير محدد ، يمكن أن ينشأ بين الأفراد ، والجماعات فى المستقبل ، وعن علاقة قانونية محددة – سواء كانت عقدية ، أم غير عقدية – أم كان فى صورة مشارطة تحكيم ، للفصل فى نزاع قائما بالفعل بين الأفراد ، والجماعات لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم – يكون عقدا من العقود التى تنظمها النظرية العامة للعقد – شأنه فى ذلك شأن أى عقد آخر . بالإضافة إلى خضوعه للأحكام الخاصة الواردة بشأنه – سواء وردت فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، ضمن النصوص القانونية المنظمة للتحكيم ، وقواعد الإتفاق عليه ، أم وردت فى شكل قانونى خاص – كقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

فالإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة – تنطبق عليه القواعد العامة فى العقد ، والمنصوص عليها فى القانون المدنى - شأنه فى ذلك شأن سائر العقود الأخرى - وأهمها : تلك القواعد التى تحكم إبرامه ، وتحديد أركانه ، وشروط صحته ، والجزاء المترتب على تخلفها – وهو البطلان ، أو القابلية للإبطال – كما يخضع لما يرد بشأنه من أحكام ، خاصة فى النصوص القانونية المنظمة للتحكيم ، وقواعد الإتفاق عليه (١) .

ولايعد الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة – عملا إجرائيا استنادا إلى أنه إنما يتم قبل بدء الخصومة القضائية ، ولهذا ، فلا يعتبر عنصرا من عناصرها ، ولامكونا من مكوناتها ، فيكون طبيعيا ألا يأخذ

---

(١) انظر عرضا للإتجاه القائل بأن الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – ذو طبيعة تعاقدية فى : فتحى والى – نظرية البطلان فى قانون المرافعات – رسالة مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٥٨ – بند ٦٣ ص ١٣٠ ، ١٣١ .

طبيعتها ، ولاتنطبق عليه قواعد البطلان المقررة للأعمال الإجرائية [١] والتى ينظمها قانون المرافعات المدنية ، والتجارية [٢] .

كما أن النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم ، وقواعد الإتفاق عليه قد اعتبرت الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - عقدا من عقود القانون الخاص - **شأنه فى ذلك شأن أى عقد آخر** - ولم تعامله معاملة الأعمال الإجرائية . وحتى فى الفرض الذى يتم فيه الإتفاق على التحكيم أثناء الخصومة القضائية ، فإنه لايمكن اعتباره ذات طبيعة إجرائية ، بل تظل

---

(١) فى بيان أهمية التفرقة بين خضوع الإتفاق على التحكيم لقواعد البطلان المقررة فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، والمقررة للأعمال الإجرائية ، وخضوعه لقواعد بطلان العقود الواردة فى القانون المدنى ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١١ ص ٣١ ، ٣٢ .

(٢) فى بيان قواعد البطلان المقررة للأعمال الإجرائية ، أنظر : فتحى والى - نظرية البطلان فى قانون المرافعات - الرسالة المشار إليها - بند ٦٣ ومايليه ص ١٣٠ومابعدها ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٢١٩ ومايليه ص ٣٤٩ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى - البطلان المدنى " الإجرائى ، والموضوعى " - ١٩٩٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٢٢٥ ومايليه ص ٤٠٨ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا - نظرية الدفوع فى قانون المرافعات - ط٩ - ١٩٩١- منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٩٦٢ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول - الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، والتشريعات المرتبطة بها - الجزء الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص - ط١ - ص ٦٩ ومابعدها ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - ١٩٩١ - الجزء الثانى - دار التوفيق للطباعة ، والنشر بالقاهرة - ص ١٦٦ ومابعدها ، عبد الحكيم فودة - البطلان فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ط٢ - ١٩٩٣ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية ، نبيل إسماعيل عمر - قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٩٤ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية - ص ١٦٨ ومابعدها ، أحمد خليل - قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الخصومة ، والحكم ، والطعن - ١٩٩٦ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية - ص ٢٨١ ومابعدها ، وجدى راغب فهمى ، أحمد ماهر زغلول - دروس فى المرافعات ، وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، وتعديلاتها المستحدثة - الجزء الأول - قواعد مباشرة النشاط القضائى - مبادئ الخصومة المدنية - ١٩٩٦ - دار أبو المجد للطباعة بالقاهرة - ص ٦٩ ومابعدها .

صفته العقدية هى الغالبة ، ويظل لإرادة الأطـــراف المحتكميـــن " أطـــراف الإتفاق على التحكيم السلطان ، والغلبة ، ويظل الإتفـــاق علـــى التحكيـــم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - عملا من طبيعة إرادية خالصة [1] .

---

[1] أنظر : **المؤلف** - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١١ ص ٣٠، ٣١ .

الفصل الثانى

عناصر نظام التحكيم .

تمهيد ، وتقسيم :

نظام التحكيم هو طريقا خاصا للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية وماتكفله من ضمانات ، ويعتمد أساسا على أن أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هم الذين يختارون قضاتهم ، بدلا من الإعتماد على التنظيم القضائى للبلد الذى يقيمون فيه [1] ، وهو بناء قانونيا يكون مركبا من ثلاثة إرادات فهو ينشأ عن إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " وهذه الإرادة هى التى تخلقه ، وهى قوام وجوده ، وبدونها لايتصور أن يخلق ، أو يكون . إلا أن هذه الإرادة لاتكفى وحدها ، وإنما يتعين أن تقر النظم القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - إتفاق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على اختيار نظام

---

(1) أنظر : أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٣ - ١٩٩٤ - بند ١٢٥ ص ٢٢٤ ، ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٢٥ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، محمد محمود إبراهيم - أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى - ١٩٩٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ٨٥ ، عادل محمد خير - مقدمة فى قانون التحكيم المصرى - ط١ - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢ ص ٢٠ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧١/٢/١٦ - المجموعة - ٢٢ - ١٧٩ ، ١٩٧٦/١/٦ - المجموعة ٢٧ - ١٣٨ ، ١٩٧٨/٢/١٥ - المجموعة ٢٩ - ٤٧٢ ، ١٩٨١/٣/٢٦ - الطعن رقم (٦٩٨) - لسنة (٤٧) ق ، ١٩٨٢/٣/٩ - س (٣٣) - العدد الأول - ص ٢٨٦ ، ١٩٨٨/١١/٢٠ - فى الطعن رقم (١٠٤٣) - لسنة (٥٥) ق ، جلسة ١٩٨٩/٥/١٨ - فى الطعن رقم (٧٤٠) - لسنة (٥٢) ق - س (٤) - الجزء الثانى - ص ٣٠١ ، جلسة ١٩٩٠/١/٢٣ - فى الطعن رقم (٢٥٦٨) - لسنة (٥٦) ق ، ١٩٩٢/٧/١٣ - فى الطعن رقم (٢٢٦٧) - لسنة (٥٤) ق .

التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمة والمحددة لحظـــة إبـــرام الإتفاق على التحكيم** " **مشارطة التحكيم** " ، **أو المحتملة ، وغــير المحـــددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " **شرط التحكيم** " بدلا من الإلتجـــاء إلـــى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، صاحب الولايـــة العامـــة والإختصـــاص بالفصل فى كافة منازعات الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص .

فإذا إذا لم تنص النظم القانونية الوضعية - **وعلى اختـــلاف مذاهبـــها واتجاهاتها** -على جواز التجاء الأفراد ، والجماعات علـــى اختيـــار نظـــام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة لحظـــة إبـــرام الإتفاق على التحكيم** " **مشارطة التحكيم** " ، **أو المحتملة ، وغـــير المحـــددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " **شرط التحكيم** " ، بدلا من الإلتجـــاء إلـــى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، صاحب الولايـــة العامـــة ، والإختصـــاص بالفصل فى كافة منازعات الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** -- إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، وجواز تنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ماكـــانت إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بكافيـــة لخلقـــه . فالأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتـــها** - تقـــر نظام التحكيم كطريق خاص للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعـــات ، وتنظم قواعده ، وإجراءاته ، إحتراما لإرادة الأطراف المحتكمين " **أطـــراف الإتفاق على التحكيم** " . ومتى وضحت هذه الإرادة وفق الشكل الذى تتطلبـــه الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - إلـــتزم الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالفصل فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - عن طريق هيئـــة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فـــى الدولـــة الحديثة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى كافة منازعـــات

الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، فيفرض عليهم ، كما يفرض عندئذ حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عليهم ، وينتهى أثر إراداتهم عند هذا الحد .

فالعبرة أن تكشف إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن رغبتهم فى النزول عن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى كافة منازعات الأفراد والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، للفصل فى منازعاتهم ، واختيار نظام التحكيم عندئذ بديلا ، للفصل فيها ، بأحكام تحكيم ، تكون ملزمة لهم .

وهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - تستمد سلطاتها فى الفصل فيه من الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها** ، **واتجاهاتها** - وهى جهة قضاء خاص ، نظمتها الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - **ونظام التحكيم هو بناء قانونيا يكون مركبا من ثلاثة إرادات :**

الإرادة الأولى :

إرادة النظام القانونى الوضعى .

الإرادة الثانية :

إرادة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

والإرادة الثالثة :

إرادة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

وإذا افتقر نظام التحكيم إلى أى من هذه الإرادات ، فإننا لانكون عندئذ بصدد نظام التحكيم [١] .

وتعمل إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى اطار إرادة النظام القانونى الوضعى ، وهذه الإرادة تظل ساكنة إلى أن تحركها إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، والتى تدور فى فلكها ، ولاتحيد عنها ، والتى تتجلى فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان أم مشارطة** - وفى الإتفاق على نوع التحكيم ، وفى اختيار أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، **وتحديد نطاق سلطاتها ، والإجراءات المتبعة أمامها ، ومكان التحكيم** [٢] ، ثم إرادة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والتى تعمل فى اطار الإرادتين السابقتين ، بقصد الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** [٣] .

---

(١) فى بيان أثر افتقار نظام التحكيم للعنصر الإرادى " التحكيم الإجبارى " ، أنظر : **محمد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٦٤ ومابعدها .

(٢) أنظر : **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٢٠ ، إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء فى الفقه الإسلامى ، والأنظمة الوضعية - دراسة مقارنة - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ١٣٤ ، **محمد نور عبد الهادى شحاته** - الرقابة على أعمال المحكمين - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٢ .

(٣) أنظر : **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٨ ص ٢٢ ، **إبراهيم نجيب سعد** - أحكام المحكمين - رسالة باريس - ١٩٦٩ - ص ص ٣٣٨ - ٣٤٦ - بند ٢٣١ ، **وجدى راغب فهمى** - التنفيذ القضائى - ١٩٩٥ - ص ١٣١ .

وتسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث متتالية ، وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول :

إختلاف فقه القانون الوضعى المقارن حول تحديد مفهوما محددا للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة

المبحث الثانى :

دور المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة فى تحديد طبيعة العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة

المبحث الثالث :

المقصود بالنزاع المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه .

المبحث الرابع ، والأخير :

تفسير القضاء العام فى الدولة للنزاع المحتمل وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

المبحث الأول

إختلاف فقه القانون الوضعى المقارن حول تحديد مفهوما محددا للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة .

تمهيد ، وتقسيم :

إختلف فقه القانون الوضعى المقارن حول تحديد مفهوما محددا للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة .

فهناك من فقه القانون الوضعى المقارن من يصورها – أى **المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة** – تصويرا شكليا والذى يتمثل فى نظرهم فى إجراءات الخصومة التى تقوم على مبدأ المواجهة بين الأطراف ، وسواء بعد ذلك أكانت هناك منازعة حقيقة ، أم لا .

وهناك من فقه القانون الوضعى المقارن من صورها – **أى المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة** – تصويرا موضوعيا حيث يستخلصون من عناصرها مايقدرون أنه العنصر الراجح فى تعريفها . فاعتمد البعض على أشخاصها " **العنصر الشخصى** " . بينما استند البعض الآخر إلى مضمونها ، أو موضوعها " **العنصر الموضوعى** " .

وهناك من فقه القانون الوضعى المقارن من جمع بين التصوير الشكلى والتصوير الموضوعى فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة .

وأخيرا ، هناك من فقه القانون الوضعى المقارن من اعتبر أن المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تشكل عائقا يشير

اضطرابا فى النظام القانونى الوضعى . أو أن المنازعة تولد مركزا نزاعيا يشكل عارضا فى الحياة القانونية ، ويجب إزالته .

وتسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى خمسة مطالب متتالية ، وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول :

الإتجاه الأول :

التصوير الشكلى لفكرة المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة .

المطلب الثانى :

الإتجاه الثانى :

التصوير الموضوعى لفكرة المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة .

المطلب الثالث :

الإتجاه الثالث :

المزج بين الإتجاه الشكلى ، والإتجاه الموضوعى فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة .

المطلب الرابع :

الإتجاه الرابع :

المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تشكل عائقا يثير اضطرابا فى النظام القانونى الوضعى .

المطلب الخامس ، والأخير :

تحديد مفهوما محددا للمنازعـــة بصفـــة عامـــة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة من وجهة نظر الباحث .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

المطلب الأول

الإتجاه الأول

التصوير الشكلى لفكرة المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة .

حاول جانب من فقه القانون الوضعى المقارن تقديم تعريفا شكليا للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، يعتمد على عناصر خارجية ، لاتعد من مفترضاتها .

فالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة هى التواجهية أمام القضاء **Debat contradictoire** ، التى تتم بناء على إجراءات الخصومة القضائية .

فوجود المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة يعتمد على توافر هذا الشكل ، بغض النظر عن وجودها الفعلى ، أو الحقيقى وإذا كان توافر هذا الشكل يعتمد على إرادة المشرع الوضعى ، بل وحتى على إرادة المتقاضين أنفسهم . فإنه يترتب على ذلك ، أن وجود المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ذاته يتوقف على هذه الإرادات .

فضلا عن أن الشكل ، والإجراءات هى من العناصر الثانوية ، والخارجية والعرضية ، فلا يمكن أن يستخلص من الشكل ، والإجراءات ، وجود المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، وإنما لأن هناك منازعة ، فإنه يجب اتباع هذا الشكل ، وتطبيق هذه الإجراءات .

فوجود المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة

يسبق الشكل ، والإجراءات التى تنظر من خلالها ، وبواسطتها . ولذلك ، فإنه يلزم تعريفها مجردة عن هذا الشكل ، وتلك الإجراءات [1] .

فالتصوير الشكلى للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، يتمثل فى نظرهم فى إجراءات الخصومة القضائية ، والتى تقوم على مبدأ المواجهة بين الأطراف ، وسواء بعد ذلك أكانت هناك منازعة حقيقية **contestation** ، أم لا .

---

[1] أنظر : أحمد ماهر زغلول – أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – ١٩٩٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٩ ص ٢١ ، ٢٢ .

المطلب الثانى

الإتجاه الثانى

التصوير الموضوعى لفكرة المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة

إتجه جانب آخر من فقه القانون الوضعى المقارن نحو المنازعة ذاتها يستخلصون من عناصرها مايقدرون أنه العنصر الراجح فى تعريفها . فاعتمد البعض على أشخاصها " **العنصر الشخصى** " .

بينما استند البعض الآخر إلى مضمونها ، أو موضوعها " **العنصر الموضوعى** " .

وتتمثل المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة فى تنازع بين إرادات **Conflit ou desaccord entre des volontes** ولقد نسبت هذه الإرادات إبتداء إلى أصحاب الحقوق ، والمراكز القانونية الذاتية . فيمكن تصوير المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة على أنها نزاعا بين أشخاص ، حول حقوق شخصية متعارضة . ومن ثم ، تنحل إلى عنصرين : إدعاء يصدر عن إرادة ، يقابله خضوع من الإرادة المقابلة . ومحصلة ذلك ، هو وجود إرادتين فى حالة صدام **Deux volontes en lutte** . ويترتب على ذلك ، عدم اعتبار النيابة العامة ، وجهة الإدارة فى الدعاوى الجنائية ، والدعاوى القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية خصوما فى منازعة ، طالما أنهم لايدافعون عن حق شخصى ، أو مركز قانونى ذاتى [١] .

---

[١] فى دراسة الإتجاهات الموضوعية فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، ونقدها ، أنظر : فقه القانون الوضعى المشار إليه فى : محمود محمد هاشم – قانون القضاء

فيمكن التركيز على مضمون المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة العنصر الأساسى فى تعريفها . فتتضمن المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة إدعاءين متعارضين ، وهى تتواجد لحظة أن يتوافر هذا المضمون ، دون اشتراط شروطا خاصة فى شخص من تصدر عنه ، أو فى طبيعة المصلحة التى يدافع عنها ، فكل هذه الشروط لاتؤثر فى وجود المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، وإنما تلزم فقط لتحديد التشكيلات القضائية المختصة بالفصل فى النزاع . وكذلك ، الإجراءات الواجبة الإتباع عند نظره ، والفصل فيه [١] .

فالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تشكل إدعاءات متعارضة ، تمثل نزاعا حقيقيا بين الإرادات ، الأمر الذى يعكر السلام الإجتماعى .

ويكفى أن تكون مصلحة المدعى قد تعرضت للأذى ، أو المساس بها بسبب موقف معين من خصمه - **سواء كان هذا الموقف إيجابيا ، أم سلبيا** - مما يعطل ممارسة الحق ، أو المركز القانونى ، أو أن مجرد وجود الشك يؤدى إلى شبهة المنازعة ، فيتدخل القضاء العام فى الدولة لإزالة هذا الشك .

وفقه القانون الوضعى المقارن الحديث نسبيا قد اكتفى بمجرد وجود نزاع **Litige** حول مصلحة معينة ، ولو لم تصل إلى حد المنازعة حول مركزا قانونيا معينا .

المدنى - الطبعة الثانية - ١٩٩١ - المكتبة القانونية بالقاهرة - ص ٤٤ ، ٤٥ ، **أحمد ماهر زغلول** - أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها - بند ١٠ ص ٢٢ ، ٢٣ .

[١] فى الإعتماد عل مضمون المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، باعتباره العنصر الأساسى فى تعريفها ، أنظر : فقه القانون الوضعى المشار إليه فى : **أحمد ماهر زغلول** - أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها - بند ١١ ص ٢٣ ، ٢٤ .

فالنزاع بصفة عامة ، وفكرته على الصعيد القانونى بصفة خاصة هو :

عبارة عن تنازع فى المصالح ، يتخذ شكل تنـــازع بيــن إرادتيــن ، إدعاء من جانب ، يقابله مقاومة من الجانب الآخر ، وتتخذ هذه المقاومـــة صور الإعتداء على المصلحة المطلوب حمايتها ، وتظهر هذه المقاومة فـــى مجرد معارضة .

وبذلك ، تكون القاعدة القانونية الموجودة سلفا قد فشلت فى حل النزاع ، ممـــا يتطلب تدخل القضاء العام فى الدولة للفصل فيه بشكل عادل ، وفقا لأحكــــام القانون الوضعى [1] .

---

[1] أنظر : محمود محمد هاشم – الإشارة المتقدمة .

المطلب الثالث

الإتجاه الثالث

المزج بين الإتجاه الشكلى ، والإتجاه الموضوعى فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة .

حاول جانب من فقه القانون الوضعى المقارن أن يجمع فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة بين المذهبين الشكلى ، الموضوعى . **فالمنازعة فى تصورهم تتحلل إلى عناصر ثلاثة :**

العنصر الأول :

تعارض بين ادعاءات خصمين .

العنصر الثانى :

قبول أطراف المنازعة الحل السلمى ، عن طريق عرضها على القضاء العام فى الدولة .

والعنصر الثالث :

قاضيا عاما ، ينتمى إلى السلطة العامة ، وتنحصر مهمته فى التوصل إلى حل سلمى لها .

والعناصر الثلاث المتقدمة ينتظمها ضابطان :

الضابط الأول :

شكلى .

والضابط الثانى :

موضوعى .

ويتمثل الضابط الشكلى :

فى قبول أطراف المنازعة عرضها على القضاء العام فى الدولة ، وفى وجود القاضى العام ، لكى يفصل فيها .

أما الضابط الموضوعى فيتمثل فى :

تعارض ادعاءات الخصوم :

ولايكفى مجرد تعارض ادعاءات الخصوم ، وإنما يلزم أن يتخذ هذا التعارض شكلا معينا ، هو شكل المواجهة بين الخصوم أمام القضاء العام فى الدولة . فإذا ماتمثل النزاع فى هذا الشكل ، إستكملت المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة عناصر وجودها ، دون أن يؤثر فى ذلك صفة أطرافها ، أو طبيعة المصلحة التى يدافعون عنها ، أو الحقوق والمراكز القانونية محل التنازع ، فيستوى فى ذلك أن تكون حقوقا شخصية أو مراكز قانونية موضوعية [1] .

---

[1] فى عرض هذا الإتجاه ، ونقده ، أنظر : أحمد ماهر زغلول – أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – بند ١٢ ومايليه ص ٢٥ ومابعدها .

المطلب الرابع

الإتجاه الرابع

المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تشكل عائقا يثير اضطرابا فى النظام القانونى الوضعى .

المدار فى الإعتداد بالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، هو فى أثرها بالنسبة للنظام القانونى الوضعى ومايترتب عليه من إعاقة التطبيق التلقائى للقانون الوضعى ، مما يؤدى إلى تحقيق شرط التدخل القضائى ، وتثار الحاجة إليه ، لفرض هذا التطبيق جبرا فالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تولد مركزا نزاعيا ، يشكل عارضا فى الحياة القانونية ، يجب إزالته .

ذلك أن نشأة المنازعة حول حق ، أو مركز قانونى ، أو حول أمر يتصل أو يتعلق بذلك ، يعنى فشل الإرادات الفردية فى التطبيق التلقائى للقانون الوضعى .

فالأصل أن القانون الوضعى يعتمد فى نفاذه على التطبيق الإرادى للأفراد والجماعات الخاضعين لأحكامه ، ويعتمد هذا التطبيق على الرأى الذاتى لهؤلاء الأشخاص ، والذين يستخلصونه بمناسبة وقائع تعرض عليهم فى مجرى حياتهم - **سواء بأنفسهم ، أو بمعاونة المتخصصين فى المعارف القانونية** - فإذا اصطدم هذا الرأى الذاتى برأى ، أو سلوك صادر عن طرف آخر ، كان ذلك إعلانا عن فشل التطبيق التلقائى للقانون الوضعى لأن القانون الوضعى لايغلب - **وبطريقة تلقائية** - إرادة على إرادة .

وعندئذ ، تثور الحاجة إلى التدخل القضائى ، ويتوافر شرط الإلتجاء إليه

حيث تتحول الإرادة الذاتية إلى مجرد ادعاءات متبادلة ، ومتعارضة ، تطـوح أمام القضاء العام فى الدولة ، لترجيح بعضها على البعض الآخر .

ووجود هذه الإدعاءات المتعارضـة ، يفضى إلى تجـهيل الحقـوق والمراكز القانونية محلها ، بل ويرتب تجهيلا لإرادة القانون الوضعى ذاتـه باعتباره فى النهاية مصدرا لهذه الحقوق ، والمراكز القانونية .

ووجود التجهيل فى الحياة القانونية يهدد الإستقرار ، والذى يسعى إلى فرضـه كل قانون وضعى .

فالإستقرار يعتمد فى تحقيقه على اليقين ، يقين كـل المخـاطبين بـالقواعد القانونية بالمراكز ، والحقوق التى ترتبها هذه القواعد ، وفى وجود التجـهيل يضطرب اليقين ، فلايتحقق الإستقرار .

ويشكل التجهيل القانونى المتولد عن المنازعة عارضا من عوارض النظـام القانونى الوضعى ، يقتضى مباشرة النشـاط القضـائى ، لإزالتـه ، تحقيقـا لوظيفته فى حماية النظام القانونى الوضعى .

فيمكن تحليل المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيـد القـانونى بصفة خاصة إلى عناصر أساسية ثلاثة :

العنصر الأول :

يتعلق بأطرافها .

والعنصر الثانى :

يتعلق بمضمونها .

والعنصر الثالث :

يتعلق بأثرها .

فالعناصر الثلاث المتقدمة تشير إلى وجـود تعـارض فـى الـرأى الذاتـى لشخصين ، أو أكثر من أشخاص القانون الوضعى ، يـدور حـول حقـوق

ومراكز قانونية ، ويؤثر سلبا فى النظام القانونى الوضعى ، عن طريق تجهيل هذه الحقوق ، والمراكز القانونية .

وإذا كان عنصر الأثر يمثل شرطا مبدئيا لقبول الطلب القضائى ، وقيام التزام القضاء العام فى الدولة بنظره ، فإن العنصرين الآخرين يمثلان - **كقاعدة** - شروطا تنظيمية ، لتنظيم منح الحماية القضائية .

فتعيين جهة القضاء ذات الولاية بنظر المنازعة . وكذلك ، تحديد التشكيلات القضائية المختصة داخلها ، هى أمورا تتوقف على صفة أشخاص المنازعة وطبيعة المصلحة التى يدافعون عنها . وكذلك ، على مضمونها [١] ، [٢] .

---

(١) فى عرض هذا الرأى ، وتأييده ، أنظر : **أحمد ماهر زغلول** - أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها - بند ١٥ ومايليه ص ٢٨ ومابعدها .

(٢) فى دراسة مشكلة تجهيل النظام القانونى " أساسها ، ومظاهرها " ، أنظر : **أحمد ماهر زغلول** - أعمال القاضى التى تحوز حجية لأمر المقضى ، وضوابط حجيتها - بند ٤ ومايليه ص ١٥ ومابعدها .

المطلب الخامس

تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونـــى بصفـــة خاصة مـــن وجهة نظـــر الباحث

بعد استعراض اتجاهات فقه القانون الوضعى المقـــارن بشـــأن تحديـــد المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، فإننـــا نعتقد أن اتجاه فقه القانون الوضعى المقارن القائل بأن المنازعة بصفة عامـــة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تشكل عائقا يثير اضطرابا فـــى النظام القانونى الوضعى المقارن ، بما تشكله من تجهيل بالحقوق ، والمراكـــز القانونية للأفراد ، والجماعات ، هو الإتجاه الجدير بالتأييد ، لسلامة الأســـاس القانونى الذى يستند إليه ، ومنطقية حججه ، وأسانيده من جانب ، وصعوبـــة التسليم بأى من اتجاهات فقه القانون الوضعى المقارن الأخرى على إطلاقـــها دون توجيه الإنتقادات التى توجه إلى الأفكار التى طرحتها ، ودافعت عنها .
فكل من اتجاهات فقه القانون الوضعى المقارن الأخرى قد اعتمـــدت علـــى أساس معين ، والذى انطلقت منه ، وبنت عليه رأيها . وكل أساس من هـــذه الأسس يدور حوله العديد من الإنتقادات .
ولانعتقد أن المجال يكون مناسبا لاستعراض هذه الإنتقادات ، لأننا لسنا فـــى هذا المجال فى مقام تقييم اتجاهات فقه القانون الوضعى المقارن فى تعريـــف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفـــة خاصـــة فـــى الأسس التى انطلقت منها ، وانبنت عليها .
فبعضا من هذه الإتجاهات فى تحليلها لفكرة المنازعة بصفة عامة ، وفكرتـــها على الصعيد القانونى بصفة خاصة قد انتهت إلى عدة نتائج ، مستخلصة مـــن تحليلها لفكرة المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القـــانونى بصفـــة

خاصة ، **لاتتفق مع الأساس الذى انطلقت منه** ، وبنيت عليه ، واعتمدت عليه بشكل رئيسى فى معالجة فكرة المنازعة ، وتحليل عناصرها ، ومقومات وجودها .

فمثلا عند استعراض اتجاه فقه القانون الوضعى المقارن الذى مزج بين الإتجاه الشكلى ، والإتجاه الموضوعى فى تعريف المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، والنظر إلى التحليل الذى تدمه للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، وعند العنصر الذى يمثل الركن ، أو الوجه الموضوعى لها – **والذى يتمثل فى وجود ادعاءات متقابلة ، ومتعارضة ، يتعلق بمحلها ، سواء بحقوق شخصية ، أو بمراكز قانونية موضوعية** – نجد أن اتجاه فقه القانون الوضعى المقارن الذى مزج بين الإتجاه الشكلى ، والإتجاه الموضوعى فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة لم يكتف بهذا التحديد ، وإنما تطلب – **للإعتداد بالتعارض القائم بين الإدعاءات** – أن يتخذ شكلا إجرائيا محددا ، وهو شكل المواجهة بين الخصوم ، والذى يتم وفقا لإجراءات الخصومة القضائية ، مما يعد ذلك نفيا للصفة الموضوعية عن هذا العنصر المنسوب إليه بواسطتهم إبتداء . **فوجود** المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة وترتيبها لآثارها ، أصبح مرهونا بتوافر هذه العناصر ، والتى تنتمى إلى الضابط الشكلى ، دون أن تكون لها صفة موضوعية مستقلة .

ونتيجة لاختلاف النتائج المستخلصة من تحليل بعض اتجاهات فقه القانون الوضعى المقارن لفكرة المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، وعدم اتساقها مع الأساس الذى انطلقت منه ، وبنيت عليه ، فإننا نميل إلى ترجيح اتجاه فقه القانون الوضعى المقارن القائل بأن المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تشكل عائقا يثير اضطرابا فى النظام القانونى الوضعى المقارن ، لما يترتب عليها

من إعاقة التطبيق التلقائى للقانون الوضعى ، مما يؤدى إلـى تحقـق شـرط التدخل القضائى ، وتثار الحاجة إليه ، لفرض هذا التطبيق جبرا ، حيـث أن نصوص القانون الوضعى المقارن ذاتها – **سواء فى مجموعـة المرافعـات الفرنسية ، أم فى قانون المرافعات المصرى** – تساعد علـى ترجيـح هـذا الإتجاه فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيـد القـانونى بصفة خاصة ، حيث يمكن أن يستخلص من نـص المـادتين (٣١) مـن مجموعة المرافعات الفرنسية ، (٣) من قـانون المرافعـات المصـرى أن قبول الطلب القضائى ، أو الدعوى القضائية هو أمرا مرهونـا بـأن يكـون لصاحبه فيه مصلحة يقرها القانون الوضعى ، وهذا يقتضى فى الحالات التـى يقترن فيها الطلب القضائى بالمنازعة ، أن تدور المنازعـة حـول الحقـوق والمراكز القانونية للأفراد ، والجماعات ، وهو مايحول دون التطبيق التلقـائى للقانون الوضعى بشأنها ، فيتولد لأطرافها المصلحة فى الإلتجاء إلى القضـاء العام فى الدولة .

فالأساس فى الإعتداد بالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القـانونى بصفة خاصة هو فى أثرها بالنسبة للنظام القانونى الوضعى ، وهذا العنصـر وحده هو الذى يسمح بـالتمييز بيـن طوائـف المنازعـات بيـن الأفـراد والجماعات ، ويحدد من بينها تلك التى تصلح لأن تحمل إلى القضـاء العـام فى الدولة ، وتلك التى يجب أن تجد لها حلولا خارج مجاله .

فكافة المنازعات بين الأفراد ، والجماعات تتضمـن تعارضـا بيـن إرادات وادعاءات ، ولكن التزام القضاء العام فى الدولة بنظر المنازعة ، والفصـل فيها ، لايوجد إلا فى خصوص المنازعات بين الأفراد ، والجماعـات التـى يترتب عليها إعاقة التطبيق التلقائى للقانون الوضعى [1] .

---

(1) أنظر : أحمد ماهر زغلول – أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي ، وضوابط حجيتها – بند ١٥ ص ٢٩ ، ٣٠ .

المبحث الثانى

دور المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة فى تحديد طبيعة العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة [١] .

عقد التحكيم ، أو مشارطته ، إنما يتعلق بوجود منازعة قائمة ، محددة وناشئة بالفعل بين أطرافه ، لحظة الإتفاق على التحكيم ، بصدد علاقة قانونية محددة ، سواء كانت العلاقة ناشئة عن تعاقد مبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو تصرفا حدث ، أو واقعة تحققت ، وتؤثر على حقوقهم ، ومراكزهم ، وبشرط أن يكون موضوع النزاع القائم بالفعل بينهم داخلا فى نطاق المسائل التى يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم .

ومن ثم ، فإنه لايصح إبرام عقد التحكيم ، أو مشارطته بالنسبة لنزاع إنتهى بالفعل بين أطرافه ، إما بحكم قضائى صادرا من القضاء العام فى الدولة الحديثة ، يكون حاسما له ، أو حتى بحكم تحكيم صادرا من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، ويكون نهائيا . كما لايصح بالنسبة لنزاع فى المستقبل

---

[١] فى دراسة معيار النزاع كأحد المعايير المميزة لعناصر فكرة التحكيم ، أنظر : **محمد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٢٨ ومابعدها .

لم ينشأ بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفـــاق علـــى التحكيـــم** " لحظة الإتفاق على التحكيم [١] .

أما وجود المنازعة بالنسبة لشرط التحكيم ، فإنه يتحقق بوجـــود العقـــد المتضمن له . إذ أنه وفى شرط التحكيم لايشترط أن تكون هنـــاك منازعـــة قائمة بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لحظـــة الإتفاق على التحكيم ، فهو - **أى شرط التحكيم** - بحسب طبيعته ، يتم بالنسبة لمنازعة مستقبلية ، ومحتملة ، وغير محددة لحظة الإتفـــاق علـــى التحكيـــم والتى قد تنشأ عن تفسير العقد موضوع التحكيم ، أو تنفيذه [٢] .

فكل حالة لايوجد فيها نزاعا بين الأفراد ، والجماعات ، لايوجـــد ثمـــة تحكيم [٣] ، باعتبار أن فكرة النزاع **litige** ، وكيفية الفصل فيـــها ، هـــى التى يجب أن تحدد طبيعة العمل الذى تقوم به هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [٤] ، باعتبارهـــا قاضيـــا خاصـــا يختار بواسطة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ليقـــول الحق ، أو حكم القانون الوضعى بينهم ، بحيث تكون هى قـــاضى الأطـــراف

---

(١) أنظر : **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بنـــد ١٥ ص ١٣٦ .

(٢) فى بيان كيفية تحديد النزاع فى شرط للتحكيم ، وتطبيقات القضاء المقارن فى هذا الشـــأن ، أنظـــر : **أحمد شرف الدين** - مضمون بنود شرط التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ٢٦ ومابعدها .

(٣) أنظر : **محمد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٨ .

(٤) فى استخدام الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - دوما ، وبطريقـــة متواترة فكرة النزاع لأجل تعريف نظام التحكيم ، ولأجل أن يتجنب الخلط بينه ، وبين الأفكار الأخـــرى المتقاربة ، أنظر : **محمد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٤ ومـــا بعدها .

المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى الـــنزاع المعــروض عليــها للفصل فيه ، لأنها تقول القانون الوضعى ، وتفصل فى حقوق ، والتزامـــات الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وتصدر حكمها ضـــد أى واحد منهم ، أو ضدهم جميعا [١] .

فمن بين عناصر التحكيم التى تميزه عن غــيره مــن النظــم القانونيــة الأخرى – **كالوكالة ، والصلح ، والخبرة ، والتوفيق مثـــلا** – هــو وجــود نزاعا قائما ومحددا " **مشارطة التحكيم** " ، أو محتملا ، وغير محدد " **شـرط التحكيم** " بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لحظـــة الإتفاق على التحكيم ، وتخويل الغير " **هيئة تحكيم المكلفـــة بـالفصل فـى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** " سلطة الفصل فيه ، بمقتضـــى حكــم تحكيم ، يكون ملزما لهم ، وتخلف ذلك يؤدى إلى انتفاء نظام التحكيم ، وقــد يؤدى إلى وجود نظام آخر ، يختلف عن نظام التحكيم [٢] ، [٣] .

---

(١) أنظر :

P . L . LEGE : L'execution des sentences arbitrales . These . Renne . 1963 . P. 20 et s ; FOUCHARD PHILIPPE : L'arbitrage commercial internatiomal . Dalloz . 1965 . Paris . P. 5 et s .

وراجع أيضا الفقه الإيطالى المشار إليه فى : **محمود محمد هاشم** – النظرية العامة للتحكيـــم فى المـــواد المدنية ، والتجارية – بند ٧٨ ص ٢٢٥ – الهامش رقم (٢) .

(٢) فى بيان دور فكرة النزاع فى تكييف نظام التحكيم ، أنظر : **محمد نور عبد الهادى شـــحاته** – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٣٦ ومابعدها .

(٣) أنظر مع هذا : **محمد نور عبد الهادى شحاته** – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٣٨ ، ٣٩ . حيث يرى سيادته أن معيار النزاع لايكفى وحده لتمييز نظام التحكيم عما عداه من أفكار أخـــرى متقاربة ، وأنه يجب تعضيده بمعايير أخرى .

وهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وإن كانت تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، إلا أنها تملك سلطة القضاء التى يملكها القضاة بخصوص النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " (١) ، (٢) ، حيث أن إقامة العدالة بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة الحديثة ليس حكرا عليها وحدها .

ولم تعد القوة - **كما كانت فى المجتمعات القديمة** - وسيلة لاقتضاء الحقوق ، والمراكز القانونية ، والدفاع عنها ، وذلك بتدخل الدولة الحديثة بعد مراحل تاريخية طويلة في الحياة الإجتماعية ، والإقتصادية ، للقضاء على ماكان يعرف بنظام القضاء الخاص - **والذى كان معروفا فى المجتمعات القديمة** - حيث كان الأفراد ، والجماعات يلجأون للقوة ، لاقتضاء حقوقهم بأنفسهم (٣) .

فقد حل نظام القضاء العام في الدولة الحديثة محل النظام القديم - **والذى كان يعرف بنظام القضاء الخاص** - وأصبحت إقامة العدالة ، وتحقيقها

---

(١) أنظر :

SOLUS (H .) et PERROT (R .) : Droit Judiciaire prive . T. 1 . Paris . Sirey . 1961 . P . 44 .

وقارب : محمود محمد هاشم - إستنفاد ولاية المحكمين - مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س (٢٦) - العدد الأول - ١٩٨٣ / ١٩٨٤ - ص ص ٥٣ - ١٠٦ .

(٢) فى تحديد المعايير المميزة لعناصر فكرة التحكيم ، وأثر افتقار نظام التحكيم لأحد عناصره ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٢٧ ومابعدها .

(٣) فى بيان خصائص نظام القضاء الخاص الذى كان معروفا فى المجتمعات القديمة ، أنظر :

LUCUIN FRANCOIS : L' adage nul ne peut se faire justice soi meme in annales de la Faculte de Droit du Liege . 1967 . P . 133 et s .

وضمان نفاذ القانون الوضعي الموضوعي هي إحـــدى الوظـــائف الرئيســـية للدولة الحديثة ، تباشرها حماية للنظام القـــانوني الوضعـــي ، عـــن طريـــق الهيئات القضائية التي تنشؤها ، وتمنحها ولاية الفصل في المنازعـــات بيـــن مواطنيها " **أفرادا ، وجماعات** " ، وزودتها بكافة الأدوات ، والوسائل التـــي تمكنها من النهوض بمهمتها ، ووضعت القوانين ، والنظم الوضعية التي تبين طرق الإلتجاء إليها ، والطريقة التي تعالج بها دراســـة الدعـــاوى القضائيـــة المعروضة عليها ، وفحصها ، والفصل فيها ، وطرق الطعن فيما تصدره من أحكام ، ووسائل تنفيذها . وقد تضمنت هذه النظم ، والقوانين الوضعية جميـــع الضمانات التي تكفل استقلال القضاء العام في الدولة ، وحيدتـــه ، ونزاهتـــه وحمايته من تدخل السلطة العامة ، أو عنت الخصوم " **أفرادا ، وجماعـــات** " ومايكفل للمتقاضين حرية الدفاع عن حقوقهم ، ومراكزهم القانونية ، ووسائله أمام القضاء العام في الدولة الحديثة ، والهيئة التي تملـــك - **دون غيرهـــا** - النيابة عن الخصوم في الطلب ، والدفاع عن حقوقهم ، ومراكزهم القانونية .

فقد إستأثر القضاء العام في الدولة الحديثة بمختلف أجهزته القيام بوظيفـــة القضاء بين الأفراد ، والجماعات ، وتحقيق الحمايـــة القضائيـــة لحقوقـــهم ، ومراكزهم القانونية - **بصورها المختلفة** - وأصبح بذلك القضاء حكرا علـــى أجهزة القضاء العام في الدولة الحديثة [١] . وتحقيقا لهذا الدور ، فقد منحـــت الدولة الحديثة مواطنيها " **أفرادا ، وجماعات** " حق الإلتجاء إلى قضائها العـــلم - **ودون تمييز بينهم** - وجعلت منه حقا عاما يتمتع به الجميع ، بلا تفرقـــة بسبب لون ، أو جنس ، أو جنسية ، ولكنها - **أي الدولة الحديثة** - مع ذلـــك لم تسمح بأن يمارس حق الإلتجاء إلي القضاء العام في الدولة بطريقة غـــير

---

(١) أنظر : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجاريـــة - الجـــزء الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٩٠- دار الفكر العربي بالقاهرة - بند ٢١ص ٦٠ ، ٦١ .

منظمة ، وإنما تولت هى وضع الضمانات ، والضوابط التى يجب على مواطنيها " أفرادا ، وجماعات " إتباعها عند ممارسته [١] .

وإذا كان الأصل أن القضاء – وهو مظهرا من مظاهر سيادة الدولة الحديثة [٢] – لايمارس إلا بواسطة الهيئات القضائية فى الدولة الحديثة – والتى أنشئت خصيصا لذلك – فإن الدولة الحديثة – وبما لها من سلطة – تستطيع أن تعترف لبعض الأفراد ، أو هيئات غير قضائية ، بسلطة الفصل فى بعض المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فيها ، وفى نطاق معين ، ومتى توافرت شروطا معينة [٣] .

فحكمة تشريع نظام التحكيم تنحصر فى أن طرفى الخصومة – وبمحض إرادتيهما ، واتفاقهما – يفوضان أشخاصا – ليست لهم ولاية القضاء العام فى الدولة الحديثة – فى أن يقضوا بينهما ، أو يحسموا النزاع بحكم أوبصلح يقبلان شروطه . فرضاء طرفى الخصومة هو أساس نظام التحكيم وكما يجوز لهما الصلح دون وساطة أحد ، فإنه يجوز لهما تفويض غيرهما فى إجراء هذا الصلح ، أو فى الحكم فى النزاع .

---

(١) أنظر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٢١ص ٦١ .

(٢) أنظر : عبد الباسط جميعى ، محمود محمد هاشم – المبادئ العامة للتنفيذ طبقا لقانون المرافعات الجديد – ١٩٧٨ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٥٥ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٣ ص١٠ومابعدها .

(٣) أنظر : فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – ط١ – ١٩٨٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٢٤ ص ٤٤ .

وإذا كانت الوظيفة القضائية قد آلت إلـى الدولـة الحديثـة ، تمارسـها بواسطة عضوها القضائى ، فإن هذا العضو لايستأثر مع ذلك بممارستها [١]

فيوجد طريقان معتمدان لمباشرة الوظيفة القضائية للدولة الحديثة [٢] :

الطريق الأول – وهو الطريق العام ، والأصلى :

بمقتضاه ، يلجأ الأفراد ، والجماعات إلى العضـو القضـائى للدولـة الحديثة ، لكى يفصل فيما هم مختلفون فيه من مسائل .

والطريق الثانى – وهو طريقا خاصا ، واستثنائيا :

يتيح إمكانية مباشرة نفس العمل بواسطة أفراد عاديين ، لايعدون مـن العضو القضائى للدولة الحديثة – **وإن كانوا يباشـرون وظيفتـه** . فنظـام التحكيم هو عرض لنزاع معين بين الأطراف المحتكمين " **أطـراف الإتفـاق على التحكيم** " على هيئة تحكيم من الأغيار ، تعين باختيارهم ، أو بتفويـض منهم ، على ضوء شروط يحددونها ، لتفصل هذه الهيئة فـى ذلـك النـزاع بقرار يكون نائيا من شبهة الممالأة ، مجردا مـن التحـامل ، قطعـا لدابـر الخصومة فى جوانبها التى أحالها الأطراف المحتكمون " **أطـراف الإتفـاق**

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٦/٤/٢ – الطعن رقم (٣٦٩) – لسـنة (٤٩) ق ، ١٩٨٣/٤/١٤ ، الطعن رقم (٩٠٨) – لسـنة (٥٠) ق ، ١٩٨٥/٢/١٢ ، الطعـن (٥٧٣) – لسنة (٥١) ق .

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، وفقا لمجموعة المرافعـات المدنية ، والتجارية ، والتشريعات المرتبطة بها – الجزء الأول – التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصـاص – ١٩٩١ – بند ٤ ص ١٠ ومابعدها ، أصول التنفيذ – الجزء الأول – ط٤ – ١٩٩٧ – بنـد ١٢٥ ص ٢٢٤ .

على التحكيم " إليها ، بعد أن يدلى كل منهم بوجهة نظره تفصيلا ، من خلال ضمانات التقاضى الرئيسية [١] .

والطريقان المذكوران هما طريقان متوازيان ، لايمكن دمجهما من ناحية كما لايمكن إنكار وجوه التقارب بينهما من ناحية أخرى [٢] .

فإذا كان صحيحا أن إقامة العدالة بين الأفراد ، والجماعات – **وباعتباره وسيلة ضرورية لهيمنة السلام بينهم** – هو وظيفة حيوية من وظائف الدولة الحديثة ، إلا أن هذا العمل لايعتبر على وجه الإطلاق حكرا عليها ، إذ يستطيع الأفراد ، والجماعات – وعن طريق الإتفاق فيما بينهم – **أن يختاروا هيئة تحكيم ، للفصل فى المنازعات " القائمة ، والمحددة "** التى نشأت بالفعل بينهم لحظة الإتفاق على التحكيم " **مشارطة التحكيم** " ، أو المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ فى المستقبل بينهم " **شرط التحكيم** " ، فإنه ينبغى عدم الخلط بين القاعدة القانونية الملزمة ، وكيفية تنفيذها [٣] .

فبالنظر إلى نظام التحكيم – كوسيلة للفصل فى المنازعات " المحتملة وغير المحددة ، أو القائمة بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " بين الأفراد ، والجماعات

---

(١) أنظر : حكم المحكمة الدستورية العليا فى مصر – جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧ – الدعوى الدستورية رقم (١٣) – لسنة (١٥) .

(٢) أنظر : **أحمد ماهر زغلول** – أصول التنفيذ – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ص ٢٢٤ – الهامش رقم (٥) ، مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها ، أو النظام الخاص للمراجعة (تصحيح الأحكام وتفسيرها ، وإكمالها) – دراسات فى نظم مراجعة الأحكام – ط١ – ١٩٩٣ – بند ٤٢ ص ٧٥ ، ٧٦ ، **عبد الحميد الشواربى** – التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والتشريع – ١٩٩٦ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – ص ٢٠ ومابعدها .

(٣) أنظر : **المؤلف** – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٧ ص ٤٦ .

- بموجبه تحل هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، محل القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، فى الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فإننا نرى أنه يجب أن يكون المحك الرئيسى فى التعرف على نظام التحكيم هو بتغليب المعايير الموضوعية ، أو المادية **Critiers matriels** ، أى بتغليب المهمة التى يعهد بها إلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - والغرض من هذا النظام وليس مجرد الوقوف عند معايير شكلية **Critiers formels** ، أو عضوية **Organique** ، منبتها الحقيقى ، إدعاء احتكار الدولة الحديثة لإقامة العدالة بين الأفراد ، والجماعات ، عن طريق أعوان لها ، يسمون بالقضاة **Juges**

ذلك أن الإعتماد بشكل رئيسى على المعيار الشكلى ، أو العضوى لتمييز العمل القضائى ، لن يفلح فى بيان حقيقة نظام التحكيم ، وطبيعته القانونية ، لما يؤدى إليه ذلك من تجاهل طبيعة العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - والدور الذى يلعبه فى حماية الحقوق ، والمراكز القانونية التى يفصل فيها . فضلا عن أن كثيرا من الأعمال القضائية ماتصدر فى غير إجراءات الدعوى القضائية [(١)] .

وبعضا من الأنظمة القانونية الوضعية قد اعترفت لبعض موظفيها العاديين بممارسة الوظيفة القضائية فى بعض المنازعات - **مثل لجان تقدير**

---

(١) أنظر : **وجدى راغب فهمى** - النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات - الرسالة المشار إليها - ص ٣١ ومابعدها ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - الجزء الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٩١ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ١/٧٧ ص ٢١٩ ومابعدها .

الضرائب فى القانون الوضعى المصرى ، واللجان الإدارية ذات الإختصاص القضائى ، واللجان العديدة فى النظام القانونى الوضعى السعودى ، والتى تمارس القضاء فى الغالب الأعظم من المنازعات خارج القضاء السعودى " - كهيئات حسم المنازعات التجارية ، ولجان الأوراق التجارية ، ولجان الغش التجارى ، ولجان التموين القضائية ، وغيرها " [١] .

ففكرة المنازعة **Litige** ، وكيفية الفصل فيها هى التى يجب أن تحدد طبيعة العمل الذى تقوم به هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - باعتبارها قاضيا خاصا يختارها الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، لتقول الحق أو حكم القانون الوضعى بينهم .

بحيث تكون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بذلك قضاة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لأنها تقول القانون الوضعى ، وتفصل فى حقوق ، والتزامات الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، وتصدر أحكامها فى المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم ضد أى واحد من الأطراف المحتكمين ، أو ضدهم جميعا [٢] .

---

[١] أنظر : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجدارية - بند ١/٧٧ ص ٢١٩ .

(٢) أنظر :

P . L . LEGE : L'execution des sentences arbitrales en France . These . Univerisite de Rennes . 1963 . P . 20 et s ; FOUCHARD PHILIPPE : L'arbitrage commercial international . Dalloz . 1965 . Paris . P . 5 et s .

وراجع فى الفقه الإيطالى المشار إليه فى : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٧٨ ص ٢٢٥ - الهامش رقم (٢) .

فهيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وإن وإن كانت تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، إلا أنها تملك سلطة القضاء التي يملكها القضاة المعينون من قبل الدولة الحديثة ، بخصوص النزاع المعروض على التحكيم للفصل فيه - **دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل في موضوعه** .

ذلك أن إقامة العدالة بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة الحديثة ليس احتكارا على الدولة الحديثة وحدها . فإذا كان صحيحا أن إقامة العدل بين الأفراد ، والجماعات - **باعتباره وسيلة ضرورية لهيمنة السلام بينهم** - هو وظيفة حيوية من وظائف الدولة الحديثة ، إلا أن هذا العمل لايعتبر على وجه الإطلاق إحتكارا لها ، إذ يستطيع الأفراد ، والجماعات - **وعن طريق اتفاق بينهم** - أن يختاروا هيئة تحكيم مشكلة من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، للفصل فيما نشب بينهم من منازعات " **محتملة ، وغير محددة ، أو قائمة بينهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " . ومن هنا ، ينبغي عدم الخلط بين القاعدة القانونية الملزمة ، وكيفية تنفيذها .

المبحث الثالث

المقصود بالنزاع " المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين – أطراف الإتفاق على التحكيم – لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل فى موضوعه .

تمهيد ، وتقسيم :

إذا كان الإتفاق على التحكيم فى صورة مشارطة تحكيم فإنه يجب بيان موضوع النزاع المحدد ، والقائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، فى مشارطة التحكيم ، أو – **على الأقل** – فى أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، حتى يكون النزاع محددا ، وحكم التحكيم الصادر فيه شاملا له – **دون غيره** – فينشأ بذلك التحديد إستعمال الحق المخول فى القانون الوضعى ، وهو طلب بطلان حكم التحكيم الصادر فيه .

ذلك أنه إذا كانت ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – **إنما تكون قاصرة على** النزاع المحدد فى الإتفاق على التحكيم – **دون غيره** – فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه يجب عليها – وعند فيه – أن تلتزم بحدود تلك الولاية

الإستثنائية لنظام التحكيم . فإن خرجت عليها ، كان حكم التحكيم الصادر منها عندئذ باطلا ، إعمالا لنص المادتين (٣/١٤٨٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، **لأنها فصلت فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - دون أن تلتزم بحدود المهمة التى أسندت إليها** - (٥٣/١ - و) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - لأنها فصلت فى مسألة لايشملها الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أو جاوزت حدود هذا الإتفاق . وبالتالى ، يمكن معرفة ماإذا كانت قد تجاوزت حدود ولايتها ، أم لا [1] .

فتحديد النزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين** " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، **لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بتحقيقه والفصل فى موضوعه** - هو مقتضى الرغبة فى ألا ينزل الأطراف **المحتكمون** " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن ولاية القضاء العام فى الدولة ، إلا فى نزاع محدد [2] ، والسماح للقاضى العام فى الدولة المرفوع

---

(١) أنظر : عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١٣٦٥ ص ٨٣٠ .

(٢) أنظر :

SOLUS (H.) et PERROT (R.) : Droit Judiciaire prive. T. 1. Paris. Sirey. 1961. P. 44.

وانظر أيضا : عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - ص ٩١٩ ، محمد ، وعبد الوهاب العشماوى - المرافعات - ص ١٩٥ ، أحمد محمد مليجى موسى

إليه الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة** " - **وبطبيعة الحال فى الأنظمة القانونية الوضعية التى تجيز الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة** " - أو الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة المرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بتقدير مالإذا كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - قد التزمت بحدود المهمة التحكيمية التى عهد بها إليها ، من قبل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من عدمه . فقد ترى المحكمة المرفوع إليها الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة ، وبطبيعة الحال فى الأنظمة القانونية الوضعية التى تجيز الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة** " - أو الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة المرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أن هيئة التحكيم التى كلفت بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - قد فصلت فيما لم يطلبه منها الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " [١] ، أو أنها قد حكمت بأكثر مما طلبه منها الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** .

- تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص ٢٠٧ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ .

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage . Juridictionnaires . Joly . Paris . 1990 . N . 144 . P . 119 . Note . 31 .

وإذا كان من الازم عند رفع الدعوى القضائية إلى القاضى العـــام فـــى الدولة بيان موضوعها بعبارة صريحة ، وواضحـــة " **المــادة (٦٣) مــن قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨** " ، فإنه يجـب **- ومن باب أولى -** مراعاة ذلك فى التقاضى أمام غير القضاء العـــام فـــى الدولة [١] .

فالإتفاق على التحكيم **- شرطا كان ، أم مشارطة - لايفترض** ، وإنمـــا يجب أن تنصرف إرادة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " إلى الفصل فى النزاع " المحتمل ، وغير المحدد ، أو القـــائم بـــالفعل بيـــن **الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفـــاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل مـــن أفـــراد عـــاديين ، أو هيئات غير قضائية **- دون المحكمة المختصة بتحقيقـــه ، والفصـــل فـــى موضوعه** - وأن يتضمن الإتفاق على التحكيم **- شرطا كان ، أم مشـــارطة - تحديدا للنزاع " المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطـــراف** المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبـــرام الإتفـــاق علـــى التحكيم** " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل مـــن أفـــراد عاديين ، أو هيئات غير قضائيـــة **- دون المحكمـــة المختصـــة بتحقيقـــه والفصل فى موضوعه** [٢] ، باعتبار أن حكم التحكيـــم الصـــادر مـــن هيئـــة

---

[١] أنظر : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد - التنفيذ علما ، وعملا - ص ٦٣٨ ، عز الديـــن الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - ط٣ - ١٩٨٥ - منشـــأة المعـــارف بالأسكندرية - ص ١١٢٠ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٦/٢/١٠ - فى الطعـــن رقـــم (١٥٧٩) - لســـنة (٤٩) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد حسنى - قضاء النقض البحرى - الطبعـــة الأولى - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٥٥ ص ٨٢ ومابعدها - القاعدة رقم (٣٢) .

التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ينبغى أن يكون شاملا له - **دون غيره** (١) .

وتحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يكون أمرا لازما ، ولو كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد عهد إليها بمهمة التحكيم ، مع تفويضها بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

فتفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لايعفيها من احترام موضوع النزاع النزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** - كما حدده الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** (٢) .

---

(١) أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٣٩ ص ٩٠٩ ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٨٣ ص ٢٧٧ .
وانظر أيضا :

Cass . Civ . 21 Fev . 1978 . Rev . Arb . 1978 . 472 .

(٢) أنظر : محمد كمال أبو الخير - قانون المرافعات معلقا على نصوصه بآراء الفقه ، وأحكام المحاكم - الطبعة الرابعة - ١٩٥٨ - الناشر محمد خليل بالقاهرة - ص ١٠٤٩ ، صلاح الدين بيومى - قواعد قاضى التنفيذ - ١٩٧٤ - مطبعة حسان بالقاهرة - بند ٣٧٥ ص ١٦٢ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٥ ص ، محمود محمد هاشم - إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء - ١٩٨٦ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٢/٥ ص ١٣٧ ،

كما أن تفويض الوكيل في التوكيل الخاص يجيز له تحديد النزاع " المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه . فيجب أن يتضمن التوكيل الخاص بتفويض الوكيل تحديد هذا النزاع . وإذا لم يتضمن التوكيل الخاص تحديده ، فإن الموكل يكون قد ترك أمر تحديده لتقدير الوكيل ، وفوضه في ذلك [1] .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضت محكمة إستئناف باريس بأنه : " **يتضح من نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة أن موضوع النزاع المطروح على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يجب أن يكون محددا بدقة فى مشارطة التحكيم وتقتصر سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على الفصل فى المنازعات الواردة فى تلك المشارطة . ومن ثم ، لايمكنها الفصل فى منازعات لاحقة ، أو تالية ، حتى ولو كان من**

أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص ٢٠٧ ،
أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤٢٨ ، ص ٣٣٣ .
وانظر أيضا :

Cass . Civ . 5 Juin . 1973 . Rev . Arb . 1974 . 11 .

حيث قضى فى هذا الحكم القضائى بأنه : " إذا تحددت مهمة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى قسمة التركة ، وتعيين نصيب كل وارث على التفصيل الذى أراده المتوفى ، فلا يحق لها أن تتدخل فى خصوم التركة دينا لصالح شخص أجنبى عن التركة التى كلفت بقسمتها " .

[1] أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند (٢٨) م (١) ص ٧١ ، ٧٢ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٣٣/ب ص ٦٧ ومابعدها .

المحتمل وقوعها ، طالما أنها لم تكن محلا للإتفاق الصريح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، ولكن من الجائز للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " الإتفاق على منح هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة الفصل فى الطلبات الإضافية ، وهذا الإتفاق يشكل من جانبهم مشارطة تحكيم جديدة " [1] .

كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " **التحكيم طريقا إستثنائيا لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية وماتكفله من ضمانات . ومن ثم ، فهو يكون مقصورا حتما على ماتنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم ، ويجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيينا لموضوع النزاع ، حتى تتحدد ولاية المحكمين ، ويتسنى رقابة مدى التزامهم حدود ولايتهم** " [2]

وبمناسبة دعوى قضائية أصلية مبتدأة ، مرفوعة بطلب بطلان مشارطة تحكيم ، على أساس أنها قد تضمنت منازعات لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، لتعلقها بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، أو لدخولها فى دائرة الحقوق التى لايجوز التصرف فيها ، قضت محكمة النقض

---

(١) أنظر :

Paris . 30 Mars . 1962 . J . C. P . 1962 . 11 . 12843 .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٢/١/٣ - فى الطعن رقم (١٤٩) - لسنة (١٩) ق . منشورا فى : حسن الفكهانى - الموسوعة - الإصدار المدنى - الجزء الرابع - بند ١٠٥٥ ص ٥٥٠ ، ١٩٧١/٢/١٦- فى الطعن رقم (٢٧٥) - لسنة (٣٦) ق - مجموعة المبادئ - س (٢٢) - ص ١٧٩ ، ١٩٨٨/٣/٣٠- فى الطعن رقم (١٠٥٣) - لسنة (٥١) ق - منشور فى : حسن الفكهانى - الموسوعة - ملحق رقم (٥) - القاعدة رقم (١٢٤٧) - ص ١٠١٨ ، ١٩٨٩/٥/١٨ - فى الطعن رقم (٧٤٠) - لسنة (٥٢) ق - منشور فى المرجع السابق - القاعدة رقم (١٢٤٨) - ص ١٠١٨

المصرية بأنه : " لكى يتسنى لها بسط سلطانها ، لمراقبة ذلك ، يتعين على محكمة الموضوع أن تبين على نحو كاف موضوع النزاع - والواقع فى شأنه التحكيم - حتى يمكن التأكد مما إذا كان موضوع النزاع من نوع الحقوق التى يملك الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم "مطلق التصرف فيها ، فيصح التحكيم بشأنها " [١] .

وفى قضية أخرى لاحقة ، ربطت محكمة النقض المصرية بين ماأوجبته المادة (٨٢٢) من قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ من اشتراط تضمين الإتفاق على التحكيم تعيينا لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، حتى تتحدد ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، ويتسنى رقابة مدى التزامها بحدود ولايتها ، وبين كون التحكيم طريقا إستثنائيا لفض الخصومات ، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وماتكفله من ضمانات . ومن ثم ، فهو مقصورا حتما على ماتنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم "[٢] .

وتسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين ، وذلك على النحو التالى :

---

(١) أنظر : حكم محكمة النقض المصرية - الدائرة المدنية - الصادر بجلسة ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ - مجموعة محمود عمر - الجزء الخامس - ص ٣٤٣ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٢/١/٣ - مجموعة أحكام السنة الثالثة - ص ٣٢٨ - حكم رقم (٥٧) - المحاماه المصرية - السنة (٣٣) - ص ١٢٢٨ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الثانية - منشأة المعاف بالأسكندرية - ص ١٥٢٠ .

المطلب الأول :

موقف القانون الوضعي المقارن ، والفقه من تحديـد محـل التحكيم " النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بـالفعل بيـن الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل في موضوعه " .

والمطلب الثاني :

نطاق خصومة التحكيم ، والطلبات العارضة .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

المطلب الأول

موقف القانون الوضعى المقارن ، والفقه من تحديد محل التحكيم " النزاع " المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه .

تمهيد ، وتقسيم :

تحديد محل الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - إنما يكون بتحديد النزاع " المحتمل ، **وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم "** ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بتحقيقه والفصل فى موضوعه** - فى الإتفاق على التحكيم ، إما فى ورقته ذاتها ، أو أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** .

" يجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيين موضوع النزاع وإلا وقعت باطلة " .

فى حين كانت تنص المادة (٣/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية** - على أنه :

" يجب أن يحدد موضوع النزاع فى وثيقة التحكيم ، أو أثناء المرافعة ولو كان المحكمين مفوضين بالصلح ، وإلا كان التحكيم باطلا " .

وتنص المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصرى **رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية** ، والتجارية على أنه :

" ٢ - يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع ، سواء قام مستقلا بذاته ، أو ورد فى عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التى قد تنشأ بين الطرفين وفى هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع فى بيان الدعوى المشار إليه فى المادة (٣٠) من هذا القانون . كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام جهة قضائية ، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلا .

٣ - ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد " .

ومفاد النصوص القانونية الوضعية المتقدمة ، أن تحديد محل الإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة** " - **والمتمثل فى النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم "** ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية -

دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه – يمكن أن يتحقق فى أشكال مختلفة ، وتختلف طريقة تحديده بحسب الصورة التى يتخذها الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة .

وتسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المطلب إلى فرعين متتاليين وذلك على النحو التالى :

الفرع الأول :

تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالنسبة لمشارطة التحكيم .

والفرع الثانى :

تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم بالنسبة لشرط التحكيم .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

الفرع الأول

تحديد النزاع موضوع الإتفاق

على التحكيم بالنسبة لمشارطة التحكيم .

قد يكون تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم واردا فى وثيقة التحكيم ذاتها – أى مشارطة التحكيم المبرمة بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لمواجهة منازعة قائمة بالفعل بينهم ، وناشئة عن علاقة قانونية محددة ، سواء كانت علاقة عقدية ، أم غير عقدية ، فهى بطبيعتها تتضمن التحكيم فى نزاع معين ، ومحدد بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " . وعندئذ ، يجب أن تتضمن إبتداء تحديدا لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، وإلا كانت باطلة .

فيتحدد موضوع النزاع فى مشارطة التحكيم التى تبرم بعد نشأة النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم بمعرفة الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " أنفسهم . وعلى هذا ، تنص المادة (١/١٤٤٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، والصادرة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ – **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** – على أنه :

" **يجب أن يحدد الخصوم موضوع النزاع فى مشارطة التحكيم ، وإلا كانت باطلة** " .

كما تنص المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصرى رقـــم (٢٧) لســنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع .... وفى هذه الحالـة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيــم ، وإلا كــان الإتفــاق باطلا " .

الفرع الثانى

تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظــام التحكيم بالنسبة لشرط التحكيــم (١).

قد يكون تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيـم واردا فى شرط للتحكيم ، يكون قد سبق إدراجه فى عقد من العقود – سواء كــان **عقدا مدنيا ، أم عقدا تجاريا ، أم عقدا إداريا** ، أو فى طلب التحكيم .

فتنص المادة (١٤٤٥) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية على أنه :

" **النزاع يرفع أمام هيئة التحكيم المكلفة بــالفصل فيــه عنـد نشـأته بواسطة المحكمين معا أو بواسطة الخصم صاحب المصلحة فــى التعجيـل برفع الدعوى أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه** " . وهو مــايعنى ، أن موضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم قد يتحدد بمعرفــة خصم واحد ، وهو نفس المعنى الذى نصت عليه المادة (٢/١٠) من قــانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، عندما أجازت تحديد موضوع النزاع المراد الفصــل فيــه عــن طريق نظام التحكيم فى بيان الدعوى الذى يجب على المدعى أن يرسله إلــى المدعى عليه ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم .

على أنه – **وبالنسبة لشرط التحكيم** – يمكن القــول بــأن المنازعــات موضوعه تحدد بأنها الناشئة عن تفسير ، أو تنفيذ عقد معين . ولهذا ، فإنـــه يعتبر باطلا ، العقد المبرم بين شخصين ، والذى يتفق فيه على عرض أيـــة

---

(١) فى بيان كيفية تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بالنسبة لشرط التحكيم ، والتطبيقــات القضائية فى هذا الشأن ، أنظر : أحمد شرف الدين – مضمون بنود شرط التحكيم – المقالــة المشــار إليها – ص ٢٦ ومابعدها .

نزاع ينشأ بينهما فى المستقبل على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عـــاديين ، أو هيئات غير قضائية ، للفصل فيه [١] .

ولايشترط أن يرد تحديد النزاع المراد الفصل فيه عـــن طريــق نظـــام التحكيم فى ذات العقد المتضمن شرط التحكيم ، وإنما يمكن أن يشـــير هـــذا العقد إلى عقد ، أو عمل قانونى آخر [٢] ، بل من الممكن تحديد محل الــنزاع بعد ذلك ، أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه [٣] .

ذلك أنه وإن كان شرط التحكيم يحصل عند إبرام العقود ، وكان الغرض منـــه إخضاع ماينشا عن هذه العقود من منازعات فى المستقبل لنظام لتحكيم ، فإنـــه لايتصور أن يتضمن هذا الشرط موضوع نزاع لم ينشأ بالفعل بين الأطـــراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

بيد أن شرط التحكيم يجب أن يتضمن بـــالضرورة الإلـــتزام الأساســـى لأطرافه المحتكمين ، ألا وهو التزامهم بحل المنازعات المستقبلية ، والتـــى يمكن أن تنشأ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى مصدر الرابطـــة القانونيـــة

---

[١] أنظر : **فتحي والى** – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – الطبعـــة الأولى – ١٩٨٠ – دار النهضـــة العربية بالقاهرة – ص ١١٢ .

[٢] أنظر : **فتحي والى** – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – الطبعة الثالثة – ١٩٩٣ – مطبعة جامعـــة القاهرة ، والكتاب الجامعى – بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ .

[٣] أنظر : **محمد كامل مرسى** – شرح القانون المدنى الجديد – العقود المسماه – ١٩٤٨ – المطبعـــة العالمية بالقاهر – بند ٢٨٧ ص ٣٩٢ ، **أحمد أبو الوفا** – التحكيم الإختيارى ، والإجبـــارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ١٤ ص ٣٥ ، **فتحي والى** – الوسيط فى قانون القضـــاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ ، ٩٠٩ ، **حسنى المصرى** – شرط التحكيم التجارى – بند ٣٤ ص ١٩٨ ، **محمود محمد هاشم** – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بنـــد ٢/٥٠ ص ١٣٧ .

لنظام لتحكيم . بحيث إذا خلا شرط التحكيم من هذا الإلتزام ، فإنه يكون قـد فقد مغزاه ، لأنه يكون واردا حينئذ على غير محل [1] ، [2] .

ويمثل هذا الإلتزام الحد الأدنى لمضمون شرط التحكيم ، والـذى إذا تخلف فقد شرط التحكيم ركن المحل ، والخاص بتحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم .

وإن كان يجوز للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إضافة بيانات أخرى إختيارية ، يتحدد بها مضمون شرط التحكيم .

فيجوز مثلا أن يتضمن شرط التحكيم الإتفاق علـى قصـره علـى بعض **المنازعات المحتملة – دون غيرها – أو الإتفاق على الحدود التى تتقيد بـها** هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، أو على القواعد ، والإجراءات الواجبة الإتباع أمامها ، أو تخويلها صفة هيئـة التحكيـم المفوضـة بـالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو استبعاد أى طريق

---

(١) حول ضرورة أن يتضمن شرط التحكيم الإلتزام الأساسى لأطرافه ، بحـل النزاع المستقبلى – والذى يمكن أن ينشأ عن العقد – عن طريق نظام التحكيم ، أنظر :

Dalloz . Nouveau Repertoire De Droit . 1947 . N . 48 et s ; Repertoire De Droit Commercial . Arbitrage commercial . T . 1 . 1972 . N . 2 , 27 , N . 52 et s ; EMILE TYAN : Le Droit de l'arbitrage . P . 194 et s ; Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . T . 11. N . 205 et s ; MOSTEFA – TRARI TANI : De la clause compromissoire . P . 185 et s .

وانظر أيضا : **حسنى المصرى** – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليـها – بند ٣٤ ص ١٩٠ ومابعدها .

(٢) حول أمثلة لصياغة شرط التحكيم فى العقود بصفة عامة ، والنص على منح هيئة التحكيم المكلفـة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة نظر أية منازعة يمكن أن تنشأ عن العقـد الـذى يتضمنه ، أنظر : محمد رضا إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – المقالة المشـار إليها – بند ١٧ ص ٢٢٠ .

من طرق الطعن الجائز ولوجها ضد حكم التحكيــم الصــادر فــى الــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو الإحتفاظ بحق الطعن فيه أمام درجة أعلى من درجات التقاضى ، بطبيعة الحال فى حدود مايسمح به القانون الوضعــى المقارن [١] ، [٢] .

وكما يجوز أن يتضمن شرط التحكيم نصا بالفصل فى جميع المنازعــات التى يمكن أن تنشأ فى المستقبل عن تفسير عقد من العقود ، أو تنفيذه بطريــق التحكيم ، بدون تحديد مواطن النزاع ، فإنه يجوز كذلك أن يقتصــر شــرط التحكيم على النص على الفصل فى بعض المنازعــات المحتملــة ، وغــير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ بين الأطراف المحتكمين " **أطــراف الإتفــاق على التحكيم** " عن تفسير عقد من العقود ، أو تنفيذه فى المستقبل ، أى عــن جزء فقط من تلك المنازعات المحتملة ، وغير المحددة [٣] .

---

[١] فى بيان تطبيقات عملية لصياغة شروط التحكيم ، والأشكال المختلفة فى مختلــف الإتفاقــات ، فى إطار العلاقات التجارية ، أنظر : أحمد شرف الدين – مضمون بنود التحكيم ، وصياغتــها فى العقــود الدولية – بحث مقدم فى ندوة حول أهمية الإلتجاء إلى التحكيم التجارى بالمنطقة ، بدلا من الإلتجاء إليــه فى دول الغرب ، والذى عقد بالمركز التجارى بالأسكندرية _ فى الفترة من (١٩) إلى (٢١) أكتوبر سنة ١٩٨١ – ص ص ٦ – ٣٠ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٩٢ ومابعدها

[٢] فى استعراض البيانات الإختيارية الأخرى ، والتى يمكن أن يتضمنها شرط التحكيم ، أنظر :

Encyclopedie juridique . Arbitrage . 1955 . N . 130 et s ; EMILE TYAN : Le droit de l'arbitrage . P . 188 et s ; Repertoire De Droit Commercial . T . 1 . 1972 . N . 88 et s ; Arbitrage commercial . T . 1 . 1988 . N . 74 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile . T . 1 . 1988 . N . 151et s .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٣٤ ص ١٩٩ .

[٣] أنظر : حكم محكمة مصر الكلية الأهلية – الصادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٣٦ – رقم (٧٣) ســنة ١٩٣٤ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى مجلة المحاماه المصرية – السنة السادسة عشر – العددان التاســع ، والعاشر – ص ٩٥١ ، ٩٥٢ .

فقد يتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فـــى شـــرط التحكيم على أن يكون التحكيم كليا ، أى شاملا لجميع المنازعـــات المتعلقــة بتفسير عقد من العقود ، أو بتنفيذه - **سواء كانت ذات طابعا قانونيا ، أم فنيا أم ماليا ، أم اقتصاديا** - وقد يكون اتفاقهم على التحكيم جزئيا ، يشتمل علـــى بعض أنواع من المنازعات المتقدمة - **كالمنازعات القانونية ، أو المنازعات ذات الطابع الفنى فقط** (١) .

وفى الممارسة العملية ، يجرى تحديد صيغة النزاع المحتمـــل ، وغـــير المحدد فى شرط التحكيم بعدة طرق . فقد يطلق عليـــها اصطـــلاح نـــزاع **dispute** ، أو خلاف **differende** . وتجرى صياغـــة شـــرط التحكيـــم بطرق مختلفة . فقد ينص - **مثلا** - على أن التحكيـــم ســـوف يشـــمل كـــل المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن تفسير عقد من العقود ، أو تنفيـــذه . أو - **فقط** - تحديد بعض المنازعات المحتملة ، وغير المحددة التى يمكن أن تنشـــأ عنه . بمعنى ، أنه تختلف صياغة شرط التحكيم فى العقود المختلفـــة ، فيمـــا يتعلق بتحديد نطاق النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، والمراد الفصل فيه عـــن طريق نظام التحكيم ، بحسب ماإذا كان يراد تحديـــد موضـــوع مخصـــوص ليعرض على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائيـــة للفصل فيه ، أم أن نية الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيـــم** " قد اتجهت إلى بسط شرط التحكيم على كل المنازعات الناشئة عـــن تفســـير العقد ، أو تنفيذه(٢) .

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨- بند ٢٢ ص ٣٢

(٢) فى دراسة صيغ النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، موضوع شرط التحكيم ، أنظر :
Repertoire De Droit Commercial . Deuxieme edition . 1987 . T . 111 . N . 139 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile . 1988 . T . 1 . Arbitrage . N . 150 et s .
وانظر أيضا : رضا محمد إبراهيم عبيد - شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى - المقالة المشار إليـــها - مجلة الدراسات القانونية - كلية الحقوق - جامعة أسيوط - العدد السادس- يونية سنة ١٩٨٤ - بنـــد

والتزام أطراف شرط التحكيم بالفصل فيمايثور بينهم من منازعات فى المستقبل ، محتملة ، وغير محددة عن طريق نظام التحكيم ، يتحدد – **وبطبيعة الحال** – بالمنازعات التى يجوز الفصل فيها بهذا الطريق ، بحيث يكون شرط التحكيم باطلا ، متى تعلق بغير هذه المنازعات .

كما أن اختلاف مضمون الإلتزام الخاص بتحديد المنازعات المراد الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم فى شرط التحكيم عن مشارطته يكون أمرا طبيعيا ، لأن مشارطة التحكيم تقتضى أن تكون المنازعة معلومة ، بخلاف شرط التحكيم ، والذى يتقرر بين أطراف عقد من العقود – وأيا كانت طبيعته – **أى قبل نشأة النزاع ، فهو – وبطبيعة الحال – يواجه منازعات محتملة وغير محددة ، يمكن أن تنشأ بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم "** فى المستقبل ، عن العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمن شرط التحكيم [١] .

فمشارطة التحكيم تختلف عن شرطه ، فى تبيانها بوضوح لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم . أما شرط التحكيم ، فإنه يرد على نزاع محتمل ، وغير محدد ، وفيه ينزل الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالفعل عن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، فيما لو نشأ نزاعا عن تفسير العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمن شرط التحكيم ، أو تنفيذه .

بل وفى كثير من الأحيان ، تتم مشارطة التحكيم أثناء نظر الخصومة أمام القضاء العام فى الدولة ، ويتفق أطرافها على وقف السير فيها ، عملا بنص المادة (١٢٨) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة

٢/١٦ ص ٢١٢ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٩٣ ومابعدها .

[١] أنظر : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد – التنفيذ علما ، وعملا – بند ٩٤٤ .

١٩٦٨ ، حتى يتهيأ لهم الجو الملائم لإتمام عملية التحكيم ، والوصول لتسوية النزاع بينهم بشكل مناسب .

وفى صدد تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - فإنه لايعمل بالضابط المقرر فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، عند خلو صحيفة افتتاح الدعوى القضائية من بيان موضوعها وقائعها ، أدلتها ، طلبات المدعى ، وأسانيدها " **المادة (٦٣) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨** " ، وماإذا كان يترتب البطلان جزاء نقص البيانات المتقدمة ، أم لايترتب ، وإنما يكفى لصحة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أن يذكر فيه موضوع التحكيم بوجه عام ، دون تفصيل أوجه النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم [١] ، [٢] ، [٣] .

ولقد اكتفت أحكام القضاء المقارن بتحديد الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لموضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - تحديدا عاما ، دون تفصيل أوجه النزاع ، كأن يكتفى

---

[١] أنظر : محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ١٠٠ ، نبيل إسماعيل عمر - أصول المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٦٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٦٥١ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٥ ص ٣٨ .

[٢] فى بيان كيفية تحديد النزاع محل الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - وفقا لأحكام اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ - والخاصة بالإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ١٨٨ ومايليه ص ٣٥١ ومابعدها .

[٣] فى بيان القانون الواجب التطبيق على النزاع محل الإتفاق - شرطا كان أم مشارطة - فى العلاقات الدولية الخاصة ، أنظر : إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولى الخاص - بدون سنة نشر - بدون دار نشر - ص ١٥٠ ومابعدها .

باتفاق الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم "علـــى التحكيـم لتصفية حساب بينهم ، أو للفصل فى منازعات ناشئة عن تنفيذ عقــد إيجــار منزل أحدهم ، أو للفصل فى المنازعات الناشئة بين الزوجين ، فـــى نظــام إشتراك الأموال الذى تم الزواج على أساسه [١] .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **عقد التحكيم الذى تكلف فيه هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالفصل فى النزاع القائم بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق علـى التحكيـم " بموجب الدعاوى القضائية القائمة بينهم أمام المحـاكم ، يعتبر صحيحـا . إذ أن الإشارة إلى تلك الدعاوى القضائية يعتبر تحديدا للنزاع موضـوع الإتفـاق على التحكيم** " [٢] .

كما قضى بأنه : " **يمكن تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم بأيـة عبارة نافية للجهالة** " [٣] .

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : **Le droit Francais de l'arbitrage . N . 143 . p . 100 .**

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٥ ص ٣٧ .

(٢) أنظر : حكم محكمة التمييز المدنية اللبنانية – غرفة أولى – – القرار رقم (٣١) – الصـادر فى (٢٦) آذار – سنة ١٩٦٣ – النشرة القضائية (١٩) – ص ١١٤١ . مشارا لهذا الحكم القضـائى فى : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – الإشارة المتقدمة . عكس هذا : حكم محكمـة المنيـا الإبتدائية – الصادر فى ١٠فبراير سنة ١٩٤٩ – المحاماه المصرية – ٣٠ – ٧٨١ – ٣٨١ . حيث قضـى فيه بأنه : " النص فى مشارطة التحكيم – أى وثيقة التحكيم الخاصة – على تحكيـم المحكمين فى حـل المنازعات التى تنشأ بين الأفراد ، والمرفوع بشأنها قضايا أمام المحاكم ، هو نصا تعميميا – لاتحديـد فيـه ، وغير موضح فيه موضوع المنازعة محل التحكيم بالتصريح ، مما يجعل عملية التحكيم باطلة" . مشارا لهـذا الحكم القضائى فى : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – الإشارة المتقدمة .

على أنه يجب - **وفى كل حالة** - تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بشكل كاف ، ليسمح للقاضى العام فى الدولة المرفوع إليه الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أو الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة ، المرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - تقدير مإذا كانت هيئة التحكيم التى كانت قد كلفت بالفصل فيه ، قد التزمت حدود المهمة التى عهد إليها القيام بها ، من عدمه [١] .

---

(٣) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 144 . p . 119 . Note . 28 .

وانظر أيضا : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ .

(١) أنظر :

RUBELLIN – DEVICHI : Juris – Classeur . Procedure Civile . Fasc . 102 . ou commercial . Fasc . 210 . N . 13 ; DE BOISSESON et DE JUGLART op . cit . , N . 143 . P . 1980 . Note . 23 ..

المطلب الثانى
نطاق خصومة التحكيم
والطلبات العارضة [1]

تمهيد ، وتقسيم :

يجوز للمدعى أن يبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة موجهة إلى المدعى عليه ، وتعرف هذه الطلبات القضائية بالطلبات القضائية الإضافية Demandes additionnelles - سواء ماكان منها لايتطلب لقبولها إستئذان المحكمة المرفوعة إليها الدعوى القضائية ، للفصل فيها " المادة (٤/١٢٤) من قانون المرافعات المصرى " ، أو ماكان منها يتطلب لقبولها إذنا منها " المادة (٥/١٢٤) من قانون المرافعات المصرى " .

كما يجوز للمدعى عليه أن يبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة ، موجهة إلى المدعى فى الدعوى القضائية ، وتعرف هذه الطلبات القضائية بدعاوى المدعى عليه ، أو الطلبات القضائية المقابلة Demandes reconventionnelles - سواء ماكان منها لايتطلب لقبولها إذنا من المحكمة المرفوعة إليها الدعوى القضائية للفصل فيها " المادة (١٢٥)

---

[1] فى بيان النطاق المحدد للطلبات العارضة فى خصومة التحكيم ، أنظر : بشندى عبد العظيم - حماية الغير فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٩٠ - ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ١٢٣ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢١ ص ٥٧ ومابعدها ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٧٩ ومابعدها ص ٢٧٣ ومابعدها .

من قانون المرافعات المصرى ، فى فقراتها الثلاث " ، أو ماكان منها يتطلب لقبولها إذنا منها " المادة (٤/١٢٥) من قانون المرافعات المصرى " .

كما يجوز لكل من المدعى ، والمدعى عليه فى الدعوى القضائية أن يبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة ، موجهة إلى الغير ممن لم يختصم أصلا فى الدعوى القضائية . وتسمى هذه الطلبات القضائية العارضة – **سواء قدمت من المدعى ، أو من المدعى عليه فى الدعوى القضائية – " إختصام الغير "** ، لأنها تؤدى إلى جعل الغير خصما فى الدعوى القضائية **" المادة (١٧) من قانون المرافعات المصرى " .**

كما يجوز للغير أن يبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة ، يوجهها إلى المدعى ، والمدعى عليه معا ، أو إلى أحدهما . وتسمى هذه الطلبات القضائية العارضة : **التدخل Intervention** ، لأنه بهذه الطلبات القضائية العارضة يتدخل الغير فى دعوى قضائية منظورة أمام المحكمة ، ويصبح خصما فيها **" المادة (١٢٦) من قانون المرافعات المصرى "** [١] .

وإذا كان هذا هو النطاق المحدد للطلبات القضائية العارضة أمام المحاكم فما هو نطاقها أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على

---

[١] فى دراسة أحكام الطلبات القضائية العارضة " أنواعها ، إجراءات تقديمها ، وآثارها " ، أنظر : **أحمد أبو الوفا** – المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الرابعة عشرة – ١٩٨٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ١٧٦ ومايليه ص ١٨٩ ومابعدها ، **أحمد السيد صاوى** – الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ١٩٨٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ١٣٤ ومايليه ص ٢١٩ ومابعدها ، **فتحى والى** – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ١٧٩ ومايليه ص ٢٦١ ومابعدها ، **وجدى راغب فهمى** – مبادئ الخصومة المدنية – ص ٢٨٠ ومابعدها ، **محمود محمد هاشم** – قانون القضاء المدنى – ص ٣٢٤ ومابعدها ، **أحمد ماهر زغلول** – أصول المرافعات المدنية ، والتجارية – بند ٣٤٨ ومابعدها ، ص ٦٥٩ ومابعدها .

التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل في جميع المنازعات بين **الأفراد** ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانوني وضعي خاص ؟ .

وتسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، **نقسم هذا المطلب إلى فرعيين متتاليين ، وذلك على النحو التالي :**

الفرع الأول :

النطاق الموضوعي لخصومة التحكيم ، والطلبات العارضة .

والفرع الثاني :

النطاق الشخصي لخصومة التحكيم ، والطلبات العارضة .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

الفرع الأول
النطاق الموضوعى لخصومة التحكيم والطلبــات القضــائية العارضة [1] .

قضت المادة (٢/١٤٦٠) من مجموعة المرافعات الفرنســية الحاليــة بتطبيق المبادئ الأساسية فى التقاضى - والتى وردت فى صدرهـــا - علـــى خصومة التحكيم . ومنها ، نص المادة الرابعة مـــن مجموعـــة المرافعـــات الفرنسية الحالية ، والذى يقرر أنه :

" موضوع النزاع يتحدد بالطلبات المتبادلة للخصوم ، وأن هذه الطلبات تتحدد فى صحيفة افتتاح الدعوى ، وكذلك بالطلبـــات العارضـــة إذا كـــانت ترتبط بالطلبات الأصلية برابطة كافية " .

كما أجازت المادة (٢/٣٠) من قانون التحكيـــم رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - **وبخصوص شـــرط التحكيم** - للمدعى عليه فى الدعوى المنظورة أمام هيئـــة التحكيـــم المكلفـــة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **وفـــى رده علـــى بيـــان الدعوى المرسل إليه ، طبقا للمادة (٣٠/ ١) من قانون التحكيم المصـــرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـــة** - أن يضمن مذكرة دفاعه أية طلبات عارضة متصلة بالنزاع موضوع شـــرط التحكيم ، أو أن يتمسك بحق ، يكون ناشئا عنه ، بقصد الدفع بالمقاصة . ولـــه ذلك - **ولو فى مرحلة لاحقة فى إجراءات خصومة التحكيم** - إذا رأت هيئـــة

---

[1] فى دراسة النطاق الموضوعى لخصومة التحكيم ، أنظر : على بركات - خصومـــة التحكيـــم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٧٦ ومايليه ص ٢٧١ ومابعدها .

التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن الظروف تبرر التأخير .

كما أجازت المادة (٣٢) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لأطراف الإتفاق على التحكيم تعديل طلباتهم ، أو أوجه دفاعهم ، أو استكمالها ، خلال إجراءات خصومة التحكيم ، مالم تقرر هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عدم قبول ذلك ، منعا من تعطيل الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

فإذا كانت القاعدة هى أن سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تنحصر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ويكون حكم التحكيم الصادر منها فيه خارج هذا النطاق باطلا ، فإن على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تمتنع عن قبول أى طلب خارج عن هذا النزاع - **سواء كان طلبا أصليا ، أم طلبا عارضا .**

وتطبيقا لما تقدم ، فإنه لايجوز لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تفصل فى أية مسألة أولية تخرج عن نطاق الإتفاق على التحكيم . كما لايجوز لها تقرير صحة ، أو تزوير سندا من السندات ، وإنما عليها فى حالة إثارة مسألة أولية خارجة عن نطاق ولايتها أو فى حالة الطعن بالتزوير ، أو فى حالة اتخاذ إجراءات جنائية عن التزوير أو عن حادث جنائى آخر ، وقف خصومة التحكيم ، حتى يصدر حكما قضائيا إنتهائيا من القضاء العام فى الدولة ، صاحب الإختصاص الأصيل بالفصل فيها [1] .

---

[1] أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بن ٨٠ ومايليه ص ١٨٠ ومابعدها ، وجدى راغب فهمى - بحث مقدم فى الدورة التدريبية للتحكيم ، والمنعقدة بكلية الحقوق - جامعة الكويت - ١٩٩١ - ص ١١ - ١٦ .

كما أنه لايجوز قبول طلبات عارضة ، مالم تكن هذه الطلبات داخلة فى نطاق ماالتفق بصدده على التحكيم ، أى داخلة فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - بحيث إذا كانت هذه الطلبات العارضة لاتدخل فى نطاق ماالتفق بصدده على التحكيم ، فإنه لايقبل تقديمها أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لأن ولايتها فى الفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات تكون مقصورا بصد ماالتفق بصدده على التحكيم ، بحيث تنعدم ولايتها خارج هذا النطاق [1] .

ومع ذلك ، فإنه يجوز تقديم طلبات عارضة إذا أصبحت داخلة فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، باتفاق لاحق - **صريح** ، أو ضمنى - بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

فأية طلبات أخرى غير الطلب الأصلى المحدد فى **الإتفاق** على التحكيم لايمكن قبولها ، إلا إذا وافق عليها جميع الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . بمعنى ، أنهم قد أبرموا بشأنها مشارطة تحكيم جديدة ولايهم بعد ذلك أن يكون طلبا إضافيا ، يغير ، أو يعدل من طلبات المدعى

---

(١) أنظر : **رمزى سيف** - قواعد تنفيذ لأحكام ، والسندات الرسمية - ص ٦٧ ، **محمد كمال أبو الخير** - تقنين المرافعات فى ضوء الفقه ، وأحكام المحاكم - ص ٤٤٦ ، **محمد عبد الخالق عمر** - النظام القضائى المدنى - - ص ٢٢ ، **حسنى المصرى** - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٤ ص ٨ ، بند ٣٠ ص ١٥ ، **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٣ ص ٣٤ ، ٣٥ ، بند ٥٣ ص ١٣٩ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٣/٨١ ص ٢٤٤ ، **فتحى والى** - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ١٨٠ ص ٢٦٦ .

الأصلية ، أو طلبا مقابلا ، يريد به المدعى عليه ليس فقط رفض طلبات المدعى، وإنما الحصول على حق خاص به [١] .

ويمكن استخلاص هذا الإتفاق الضمنى بين الأطراف المحتكمين " أطراف **الإتفاق على التحكيم** " من مناقشة الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " لموضوع الطلب العارض المقدم من خصمه [٢] .

وبالرغم من ذلك تظل لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة عدم قبول الطلب العارض ، إذا وجدت أن تقديمه غير مناسب ، لتأخره ، بحيث يؤدى إلى عدم تمكنها من الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم فيه . وكذلك ، إذا قدم بعد قفل باب المرافعة فى الدعوى أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [٣] .

---

(١) أنظر :

Paris . 30 Mars . 1962 . J . C . P . 1962 . 11 . 12843 .

(٢) أنظر :

E . LOQUIN : La competence arbitrale . J . CI . Proc . Civ . Fasc . 1032 . N . 17 , 27 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا – التعليق على نصوص قانون المرافعات – الطبعة الأولى – ١٩٦١ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٧٨٣ ، الطبعة الثالثة – ١٩٨٥ – ص ١١٢٠ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١١ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – الكتاب الأول – إتفاق التحكيم – ١٩٩٠ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ٣/٨١ ص ٢٤٤ .

(٣) أنظر :

JEAN – ROBERT : L'arbitrage civile et commercial . Droit interne . Droit international prive . Cinquieme edition . edition Dalloz . N . 334 et s . P . 291 et s ; ERIC – LOQUIN : Juris – Classeur . Procedure Civile . Arbitrage . Fasc . 1032 . N . 1 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 146 . P . 120 . Note . 39 .

وفى حالة عدم قبول تدخل الغير ، أو إدخاله فى خصومة التحكيم – **لأى سبب كان** – فإن خصومة التحكيم تظل بين أطرافها **الأصليين** ، بينما يتقاضى الغير " **مدعيا ، أم مدعى عليه** " أمام القضاء العام فى الدولة .
ولكن إذا كان النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان** ، أم **مشارطة** – علاقة قانونية متعددة الأطراف ، وغير **قابلة للتجزئة** [١] ، فإنه إذا لم يشمل الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – أطراف العلاقة جميعا ، ولم يقبل تدخل ، أو إدخال الطرف الذى لم يشمله الإتفاق على التحكيم ، فإنه لامحل لاستمرار خصومة التحكيم ، ويصبح النزاع من **اختصاص القضاء العام فى الدولة وحده ، باعتباره الجهة الأصلية ، صاحبة الإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات – وأيا كان موضوعها** [٢] – إلا ماالستثنى بنص قانونى وضعى خاص .
ذلك أن الأصل أنه لاتجوز إحالة قضية مطروحة على هيئة تحكيم مكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان** ، أم **مشارطة**

وانظر أيضا : **رمزى سيف** – قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية – ص ٦٧ ، **محمد كمال أبو الخير** – تقنين المرافعات – ص ٤٤٦ ، وجدى راغب فهمى – خصومة التحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١١ ، ١٣ ، **عزمى عبد الفتاح** – الإشارة المتقدمة ، **على بركات** – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣٠٢ ص ٢٩٦ .

[١] فى دراسة النظرية العامة للإرتباط فى الدعاوى القضائية المدنية " **معايير الإرتباط** ، أنواعه – سواء كان ارتباطا بسيطا ، أم ارتباطا لايقبل التجزئة – وتأثير **الإرتباط على قواعد الإختصاص القضائى** " ، أنظر : **السيد عبد العال تمام** – النظرية العامة لارتباط الدعاوى المدنية – ١٩٩١ – دار النهضة العربية بالقاهرة . وبصفة خاصة ، ص ٨٣ ومابعدها .

[٢] أنظر : وجدى راغب فهمى – خصومة التحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١٢ ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ١٨٠ ص ٢٢٦ .

- إلى محكمة عادية ، لارتباطها بدعوى قضائية قائمة أمامها ، لأن فى ذلك إخلالا بالإتفاق على التحكيم .

كما لايجوز أن تحال على هيئة تحكيم مكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم دعوى قضائية قائمة أمام المحاكم العادية .

وإنما إذا كان بين الدعويين رباطا قويا لايقبل التجزئة ، وكان حسن سير العدالة يقتضى أن تفصل فيهما هيئة واحدة ، منعا من تناقض الأحكام ، أو تحقيقا للإتساق ، فإنه يكون من الواجب أن تفصل فيهما محكمة واحدة ولايعتد بشرط التحكيم ، أو مشارطته فى هذه الحالة ، حيث أنه لايتصور الإحالة لقيام ذات النزاع أمام هيئة التحكيم مكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمحكمة العادية ، أو العكس ، لاختلاف الإجراءات (١) .

---

(١) أنظر :

J . NORMAND : obs . R . T . D . Civ . 1978 . P. 917 , 918 , 920 ; Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . T . 111 . 1987 . N . 135 et s ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op . cit . , N . 146 . P . 120 .

وانظر أيضا :

Paris . 19 Oct . 1960 . Dr . Mars . Fr . 1961 . 96 ; Trib . Com . Seine . 28 Juill . 1966 . Dr . Mars . Fr . 1967 . 167 ; Trib . Com . Marseille . 11 Avr.1967 . Dr . Mars . Fr . 1968 . 3 64 ; Trib . Com . Seine , 10 Janv . 1968 . Dr . Mars . Fr . 1968 . 688 ; Paris . 5Avr . 1968 . Dr . Mars . Fr . 1968 . 424 ; Paris . 4 Dec . 1973 . Rev . Arb . 1974 . P . 301 ; Aix – en – Provence . 27 Fav . 1978 . Rev . Arb . 1978 . 527 ; Paris . 21 Dec . 1979. Rev . Arb . 1981. 155 ; Paris . 4 Dec . 1981 . Rev . Arb . 1982 . 311 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا – التعليق على قانون المرافعات – الطبعة الثالثة – ١٩٨٥ – ص ١١٢٠ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٥٣ ص ١٣٩ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٣/٨١ ص ٢٤٤ ، بند ٤١ ص ١١٨ ، عزمى عبد الفتاح – قانون التحكيم الكويتى – ص ١٦٨ .

وانظر أيضا : إستئناف مختلط – ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ – مجلة التشريع ، والقضاء – ٤٦ – ص ٥٥ ، إستئناف مختلط – ١٣ مارس سنة ١٩٣٥ – مجلة التشريع ، والقضاء – ٤٧ – ص ١٩٥ . عكس هذا :

فالإرتباط بين الدعاوى يلغى أى أثر للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - ويعود الإختصاص بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - وفى جميع جوانبه - للمحاكم العادية ، صاحبة الإختصاص الأصيل بالفصل

J . R . DEVICHI : De l'effectivite de la clause compromissoire en cas de pluralite de defendeurs ou d'appel en garantie dans la Jurisprudence recente . Rev . Arb . 1981 . P . 29 et s ; Note sous Poitiers . 28 Nov . 1973 et Paris . 4Dec . 1973 . Rev . Arb . 1974 . P . 305 et s Aussi ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 112 . p . 93 et p . 94 et N . 116 . P . 96 .

وانظر أيضا :

Cass . Civ . 28 Oct . 1929 . D . 1931 . 29 ; Cass . Civ . 3 Mai . 1957 . D . 1958 .167 ; Cass . Com . 15 Juill . 1975 . Rev . Crit . Dr . Int . Pr . 1976 . 132 ; Cass . Civ . 2Dec . 1970 . Rev . Arb . . 409 ; Cass . Com . 8Nov . 1982 . Rev . Arb . 1983 . 177 ; Paris . 13 Mai . Rev . Arb . 1984 . 115 .

حيث يرى هذا الجانب من فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن أن الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - تبقى له قوته الملزمة ، وتبقى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مختصة بنظره . وقارب : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٧٦ ص ٣٧١ . حيث يرى سيادته أن الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - يجب أن ينتج كافة آثاره القانونية ، إلى أن يثبت بالدليل القاطع إستحالة نظر النزاع عن طريق جهتى قضاء مختلفتين ، لأنه يصعب التسليم بوجود عدم قابلية للإنقسام قبل بداية نظر النزاع . وأن ادعاء أحد الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " بذلك أمام القضاء العام فى الدولة ، أو أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايكفى لمحو آثار الإتفاق على التحكيم . ويمكن للطرف المحتكم " الطرف فى الإتفاق على التحكيم " الراغب فى عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم برمته على القضاء العام فى الدولة أن يبدى دفعا بذلك أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والتى تملك سلطة تقديرية كبيرة فى الرد على هذا الدفع . فإذا تبين لها قابلية النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للإنقسام - رغم الإرتباط - فإنه يحق لها أن ترفض الدفع ، وتشرع فى نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . أما إذا تبين لها جدية الدفع ، وعدم قابلية النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للإنقسام ، فإنه يحق لها أن تصدر حكما بإنهاء إجراءات خصومة التحكيم ، لاستحالة السير فيها ، لارتباط النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بنزاع قائم أمام القضاء العام فى الدولة . فى دراسة اختلاف فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن . وبصفة خاصة ، فى فرنسا ، حول مدى القوة الملزمة للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - عند ارتباط النزاع الوارد فيه بنزاع آخر ، يكون قائما أمام القضاء العام فى الدولة ، أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٧٣ ومايليه ص ٣٦٧ ومابعدها .

فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعـــات - **وأيـــا كـــان موضوعـــها** - إلا ماأستثنى بنص قانونى وضعى خاص . ويحق لكل طرف محتكـــم " **الطـــرف فى الإتفاق على التحكيم** " صاحب مصلحة أن يدفع بارتباط الدعاوى .

الفرع الثانى
النطـــاق الشخصـــى لخصومة التحكيم ، والطلبات العارضة (١)

إتفاق التحكيم " شرطا كان ، أم **مشارطة** " - **كقاعدة** - لايلـــزم إلا أطرافـــه الذين أبرموه ، بحيث لايخضع لولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **والذى ينشأ بمقتضى هذا الإتفاق** - من ليس طرفا فيه . ومن ثم ، لايستفيد من هذا الإتفاق إلا أطرافه ، ولايضـــار منـــه غيرهم ، ولايملك التمسك ببطلانه غيرهم أيضا (٢) .

على أن المفهوم القانونى لتعبير الطرف فى الإتفاق علــــى التحكيــم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يتسع ليشمل الخلف العام ، والخلف الخـــاص - **كالورثة ، والمحال إليه** .

---

(١) فى دراسة النطاق الشخصى لخصومة التحكيم ، والطلبات القضائية العارضة ، أنظر : **على بركـات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٩٩ ومابعده ص ٢٩٤ ومابعدها .

(٢) أنظر : **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٥٤ ص ١٣٩ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بنـــد ٦٧ ص ١٩٩ ، **سامية راشد** - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ١٨٤ ص ٣٣٦ ، **مختار أحمد بريـرى** - التحكيم التجارى الدولى - بند ٣٤ ص ٥١ ، **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليـــها - بند ٢٩٩ ص ٢٩٤ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - ١٩٦٦/١/١١ - فى الطعن رقـــم (٢٨٩) - لسنة (٣٠) ق - مجموعة المبادئ - س (١٧) - ص ٦٥ ، ١٩٧١/١/٢٠ - فى الطعـــن رقـــم (٥١٠) - لسنة (٣٥) ق - مجموعة المبادئ - س (٢١) - ص ١٤٦ .

لورثة التاجر الذى كان قد أبرم الإتفاق - شرطا كان ، أم مشارطة - على التحكيم يلتزمون بهذا الإتفاق . كما يمكنهم التمسك به تجاه الأطراف الآخرين فى الإتفاق على التحكيم .

والشركة التى آلت إليها الذمة المالية لشركة أخرى - نتيجة للإندماج - تنصرف إليها آثار اتفاقات التحكيم التى أبرمتها - ومن قبل - الشركة التى زالت من الوجود القانونى بالإندماج [١] .

كما تعد اتفاقات التحكيم التى تبرمها شركة التضامن ملزمة لكل الشركاء بأسمائهم ، بحيث تباشر إجراءات التحكيم ضدهم مجتمعين ، أو ضد أحدهم . كما يمكنهم اتخاذ إجراءات التحكيم ضد الطرف الذى كان يتضمن تعاقده مع الشركة إتفاقا على التحكيم [٢] .

كما لايجوز التدخل الإختيارى للغير - أى من لم يكن طرفا فى الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " - فى خصومة التحكيم ، سواء كان التدخل أصليا ، أم انضماميا لأحد الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " [٣] ، [٤] .

---

(١) أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ١٨٤ ص ٣٣٦ .

(٢) أنظر : سامية راشد - الإشارة المتقدمة . ومن التطبيقات القضائية فى هذا الشأن ، أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٥/٢/٢٥ - فى الطعن رقم (٦٠) - لسنة (٣٠) ق - مجموعة المبادئ - س (١٦) - ص ٢٢٠ ، ١٩٦٥/٥/١٧ - فى الطعن رقم (٤٠٦) - لسنة (٣٠) ق - مجموعة المبادئ - س (١٦) - ص ٧٧٨ ، ١٩٦٧/٢/٧ - فى الطعن رقم (١٣٥) - لسنة (٣٣) ق - مجموعة المبادئ - س (١٨) - ص ٣٠٠ ، ١٩٧٠/٤/١٤ - فى الطعن رقم (٥١) - لسنة (٣٦) ق - مجموعة المبادئ - س (٢١) - ص ٥٩٨ .

(٣) أنظر : عزمى عبد الفتاح - التحكيم فى القانون الكويتى - ص ٢٧٢ .

ولاتملك هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - سلطة الأمر بادخال الغير فى خصومة التحكيم - **والتى يخولها القانون الوضعى المقارن للمحكمة العادية** [١] - وذلك كله مالم يوافق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالإجماع على تدخل الغير ، أو إدخاله فى خصومة التحكيم [٢] .

فلايجوز إجبار الغير على أن يصبح طرفا فى خصومة التحكيم . ولذا ، تلزم موافقته علي هذا الإدخال ، وموافقة الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . وعندئذ ، يكون للمتدخل ، أو للمدخل فى خصومة التحكيم ماللطرف فى خصومة التحكيم من حقوق ، وعليه ماعليه من

---

(٤) فى دراسة أحكام التدخل فى الخصومة المدنية ، أنظر : **أحمد أبو الوفا** - المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٨١ ومايليه ص ٢٠١ ومابعدها ، **محمد محمود إبراهيم** - النظرية العامة للطلبات العارضة - ١٩٨٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ٥٥ ومابعدها ، **صلاح أحمد عبد الصادق أحمد** - نظرية الخصم العارض فى قانون المرافعات - رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٨٦ . وبصفة خاصة ، ص ١٨٢ ومابعدها .

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 147 . P . 122 .

وانظر أيضا : **أحمد أبو الوفا** - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٠ - ص ١١٢٠ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٥٣ ص ١٣٩ ، **وجدى راغب فهمى** - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١٢ ، **عزمى عبد الفتاح** - قانون التحكيم الكويتى - ص ٢٧٣ ، **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٠١ ص ٣٩٦ .

(٢) أنظر : **وجدى راغب فهمى** - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١٢ .

التزامات . كما يحتج عليه بحكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وللقواعد العامة .

وتطبيقا لما تقدم ، فإنه إذا أراد شخص ليس طرفا فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، ام مشارطة - أن يتدخل تدخلا هجوميا فى خصومة التحكيم - أى للمطالبة بحق ذاتى لنفسه أثناء سيرها - فإن الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " يملكون الحق فى الإعتراض على هذا التدخل .

وإذا تدخل شخص منضما لأحد الأطراف المحتكمين " الطرف فى الإتفاق على التحكيم "، فإنه يجوز للأطراف الآخرين فى الإتفاق على التحكيم أن يعترضوا على ذلك ، لنفس العلة [١] .

---

[١] أنظر : عزمى عبد الفتاح - الإشارة المتقدمة .

المبحث الرابع

تفسير القضاء العام فى الدولة لمحل التحكيم " النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل فى موضوعه " موضوع الإتفاق على التحكيم " [١]

تسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب متتالية ، وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول :

فكرة عامة عن تفسير العقود بصفة عامة .

---

(١) فى تفسير القضاء العام فى الدولة لمحل التحكيم " النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - " ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٢٢ ومايليه ص ٦٣ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ١٧٢ ومابعدها .

المطلب الثانى :

ماينبغى على القاضى العام فى الدولة مراعاته عند تفسير العقود بصفة عامة .

والمطلب الثالث ، والأخير:

تطبيق قواعد تفسير العقود بصفة عامة على

اتفاقات التحكيم - شروطا كانت ، أم مشارطات .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

المطلب الأول
فكرة عامة عن تفسير
العقـــود بصفة عامة .

لتحديد مضمون أى عقد ، يلزم أن نعرف معنى العبارات التى يتضمنـــها وقد تكون هذه العبارات ، أو بعضها غامضـــة . وعندئـــذ ، يلـــزم التفســـير لاستجلاء المعنى .

واستخلاص معنى العقد إنما يكون بتحديد ماقصدته الإرادة المشتركة لعاقديـــه فما ترتضيه إرادة أحد الطرفين وحدها ، لايعتبر من أحكام العقد .

والإرادة المشتركة لطرفى العقد أمرا معنويا ، ولكنه يستخلص أساســـا مـــن عبارة العقد ، فضلا عن الظروف ، والملابسات التى تكتنف إبرامه .

وعبارة العقد من حيث أنها تتضمن الإرادة المشتركة لطرفيه ، ومـــن ثـــم المعنى المقصود من العقد ، تتخذ إحدى صورتين أساسيتين :

الصورة الأولى :

إذا كانت عبارة العقد واضحة الدلالة :

عبارة العقد إما أن تجئ واضحة فى الدلالة على ماقصدتـــه منـــها الإرادة المشتركة لعاقديه . وعندئذ ، ماكانت فى حاجة إلى تفسير ، ووجـــب على القاضى العام فى الدولة - **كأصل عام** - أن يأخذ بالمعنى الظـــاهر لـــها دون أن ينحرف عنه . فقد نصت المـــادة (١/١٥) مـــن القـــانون المدنـــى المصرى على أنه :

" ١ - إذا كانت عبارة العقد واضحة فلايجوز الإنحراف عنها عن طريـق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين " .

والصورة الثانية :

إذا كانت عبارة العقد غامضة :

قد تجئ عبارة العقد متسمة بالغموض فى دلالتها على ماقصدته منها الإرادة المشتركة لعاقديه . وعندئذ ، إن كان من الممكن تأويلها على أكثر من معنى ، تعين الإلتجاء إلى التفسير ، لاستجلاء غموضها ، وتحديد حقيقة المقصود من دلالتها .

المطلب الثانى

ماينبغى على القاضى العام فى الدولة مراعاته عند تفسير العقود بصفة عامة .

تفسير العقد يناط أصلا بالقاضى العام فى الدولة ، وهو حينما يفسر العقد ، يستهدف البحث عما قصدته الإرادة المشتركة لطرفيه [1] . وهو يتقصى هذه الإرادة المشتركة فى العقد ، من مجموع وقائعه ، وظروف إبرامه ، دون الوقوف عند مجرد معانى ألفاظه ، أو عباراته ، ومع الإستهداء بطبيعة التعامل ، والغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قد قصداه والعادات الجارية ، وماينبغى أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل . وقد نصت المادة (٢/١٥٠) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" ٢ - أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الإستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة ، وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجارى للمعاملات " .

ماينبغى على القاضى العام فى الدولة مراعاته عند تفسير العقود بصفة عامة

على القاضى العام فى الدولة - **وهو فى سبيل البحث عن قصد المتعاقدين المشترك ، من خلال تفسيره لعبارات العقد الغامضة** - أن يدخل

---

[1] فى بيان أحكام تفسير العقود بصفة عامة ، أنظر : **عبد الفتاح عبد الباقى** - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - دراسة مقارنة - بند ٢٦٥ ومايليه ص ٥٢٢ ومابعدها ، **عبد الحكيم فودة** - تفسير العقد فى القانون المصرى ، والمقارن - الطبعة الأولى - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية . وبصفة خاصة ، ص ٩٦ ومابعدها .

في اعتباره مجموع وقائع العقد ، مجموع عباراته ، وشروطه ، أو بنـوده [(١)] كما ينبغي عليه أيضا - وهو في مجال التفسير - ألا يقف بالضرورة عنـد المعنى الحرفي لألفاظ العقد ، وعباراته . فالعبرة في العقود - كما في غيرها - بالمقاصد ، والمعاني ، وليس بالألفاظ ، والمباني .

ثم إن على القاضي العام في الدولة أن يستهدى في تفسـير العقـد بطبيعـة التعامل ، وماينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة ، وثقة ، وفقا للعـرف الجاري في المعاملات .

والتفسير لدى القاضي العام في الدولة ليس غاية في ذاته ، بل هو وسيلة للفصل في الحالة المعروضة عليه ، وهو لذلك يتأثر بالنتائج العمليـة التـي يؤدي إليها تطبيق الرأي الذي يهم باعتماده في الحالات الواقعية .

وقد يقتضي تعيين موضوع العقد تفسيره ، ويتولى القاضي العـام فـي الدولة تفسير العقد ، ليصل إلى تحديد الإلتزامات التي أنشأها ذلك العقد ، عـن طريق الكشف عن إرادة المتعاقدين ، وتطبيق نصوص القانون الوضعي [(٢)] ، ووسيلة القاضي العام في الدولة في ذلك تكون محـددة بنصـوص القـانون الوضعي [(٣)] ، [(٤)] .

---

(١) أنظر : عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بند ٢٦٥ ص ٥٢٣ .

(٢) أنظر : محمود جمال الدين زكي - النظرية العامة في الإلتزامات في القانون المـدني المصـري - القاهرة - ١٩٨٧ - ص ٣١٢ .

(٣) أنظر : محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات - ص ٤٤٦ ، أحمد محمد مليجي موسـى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائي - الرسالة المشار إليها - ص ٢٠٨ ، عز الديـن الدناصوري ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - ص ١١٢٠ .

(٤) أنظر :

وهذه هي بعض الصور التي حرصت الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - على أن توجه نظر القاضي العام في الدولة إليها ، ليستهدي بها ، وهو بصدد تفسير العقد . على أن هذه الأمور لاتعدوا أن تكون مجرد إرشادات تقدم للقاضي العام في الدولة ، لمساعدته في تفسير العقود بصفة عامة ، وهي من بعد ليست كل الإرشادات التي يمكن القاضي العام في الدولة أن يستعين بها . والأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - إذ تقدم للقاضي العام في الدولة إرشاداتها لم تغفل عن أن تفسير العقود بصفة عامة في النهاية ، فن ، ذوق ، كياسة وخبرة [1] .

وتفسير العقود بصفة عامة - **وباعتبار أنه يقوم على استخلاص الإرادة المشتركة لعاقديه** - يتمثل أمرا من أمور الواقع . ومن ثم ، **فهو يدخل في سلطة قاضي الموضوع التقديرية ، دون أن يكون عليه في ذلك معقبا من** محكمة النقض ، طالما كان من شأن عبارة العقد أن تحمله [2] .

ERIC – LOQUIN : **Juris – Classeur . Proccdure Civile . Fasc . 1032 . ou commercial . Fasc . 215 . N . 15 .**

وانظر أيضا : فتحي والي - قانون القضاء المدني اللبناني - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - ١٩٧٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٧٢ ص ١٢٦ .

(١) أنظر : عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بند ٢٦٥ ص ٥٤٢ .

(٢) أنظر : عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بند ٢٦٧ ص ٥٣٠ .

المطلب الثالث

تطبيق قــواعد تفسير العقود بصفة عامة على اتفاقات التحكيم - شروطا كانت ، أم مشارطات .

التحكيم هو طريقا إستثنائيا للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات ، تستمد فيه هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ولايتها فى الفصل فيما قضت فيه من إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . ولما كان الأصل فى التقاضى أن يكون أمام المحاكم التى نظمتها الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - وفرضت ولايتها على الأفراد ، والجماعات داخل الدولة الحديثة ، وكان نظام التحكيم إستثناء من هذا الأصل العام فى التقاضى ، وخروجا على طرق التقاضى العادية فإنه ينبنى على ذلك ، أن ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - تقتصر على ماانصرفت إرادة الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إلى عرضه عليها ، للفصل فيه ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة . ولايجوز التوسع فى تحديد هذه الولاية - **شأنها فى ذلك شأن كل استثناء على القواعد العامة ، وكل خروج على الأوضاع العادية** . ومن ثم ، لايكون لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة إلا فى نظر النزاع الناشئ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد المتضمن شرط التحكيم أو ذلك النزاع المحدد فى مشارطة التحكيم ، بحيث إذا ثار النزاع بين أطراف الإتفاق على التحكيم حول أمر لايدخل فى نطاقه ، وجب طرحه على المحاكم العادية .

ولاتملك هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الفصل فيما لم يقبل الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " صراحة ، أو ضمنا تحكيمها فيه - **كما إذا طرح أحدهم النزاع عليها** ، **وصدر من الأطراف المحتكمين الآخرين مايفيد قبولهم التحكيم فى شأنه " القبول الضمنى بنظام التحكيم "** - بحيث لايجوز قبول أية نزاع أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، مالم يكن من بين مايدخل فى نطاق مااتفق بصدده على التحكيم ، أى يكون داخلا فى نطاق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أو أصبحت كذلك ، باتفاق لاحق - **صريحا ، أو ضمنيا - بين الأطراف** المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وما ذلك إلا تطبيقا لانحصار ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى النزاع محل التحكيم - **شرطا ، كان أم مشارطة** - بحيث يكون حكم التحكيم الصادر منها خارج هذا النطاق باطلا [1] .

---

(١) فى بيان أحكام الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة ، والمرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى حالة خروج هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه على حدود الإتفاق على التحكيم " المواد (١٠٢٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، (٣/١٤٨٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، والصادرة بالمرسوم الفرنسي الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ - والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا ، (١/٥١٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨- والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، (١/٥٣/و) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " ، أنظر : **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٣٢٧ ومابعدها ، **محمد نور عبد الهادى شحاته** - الرقابة على أعمال المحكمين - ص ٣١٩ ومابعدها ، **على سالم إبراهيم** - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٣٥٧ ومابعدها .

وعلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الإلتزام بنطاق النزاع محل التحكيم ، سواء كانت محكمة بالقضاء " **تحكيما عاديا** " ، أم كانت محكمة ، مع التفويض بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

ذلك أن هيئة التحكيم المفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **شأنها شأن هيئة التحكيم فى نظام التحكيم بالقضاء " التحكيم العادى "** - تلتزم - وهى بصدد الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بنطاقه - **كما حدده الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم "** ، بموجب الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وعليها الإلتزام بحدود هذا النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ولايجوز لها أن تتعداه بالفصل فى نزاع أخرى غير معروض عليها من قبل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، بحيث تتحدد ولايتها بحدود النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** [1] .

وعلى القاضى العام فى الدولة أن يتحقق من تطابق إرادات الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى شأن النزاع المعروض على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه . وخاصة ، إذا كانت إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **والمعبر عنها فى اتفاقهم بالإلتجاء إلى نظام التحكيم** - واضحة فى قصر ولاية هيئة التحكيم على منازعات معينة ، دون غيرها .

ويجب أن تفسر إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عندئذ تفسيرا ضيقا ، لأن حكم التحكيم يجب أن يكون شاملا فقط للنزاع

---

(١) أنظر :

BARBERY : L'arbitrage dans les societes de commerce . Rev . Arb . . P . 151 et s ; ERIC – LOQUIN : Juris – Classeur . Procedure Civile . Fasc . 1038 . N . 98 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 40 .

موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ولايمتد إلى سواه [1] .

كما يجب على القاضى العام فى الدولة أن يلتزم كامل الحيطة ، والحذر عند تفسير الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فلايعمل على التوسع فى تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [2] ، ليتمكن من التعرف على القصد الحقيقى لأطراف الإتفاق على التحكيم ، والتأكد مما إذا كانت إراداتهم قد اتجهت بالفعل - **وبغير لبس ، أو غموض** - للإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة بالفعل بينهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة .

فعلى القاضى العام فى الدولة - **وإعمالا للقواعد العامة فى التفسير - الإلتزام بمبدأ التفسير الضيق ، عندما يريد تحديد نطاق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، ام مشارطة - فلا يجوز التوسع فيه ، لما يتسم به نظام التحكيم من طبيعة إستثنائية .**

---

[1] أنظر : عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١٣٦٥ ص ٩٩٩ ، رمزى سيف - قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية - بند ٨٣ ص ٧٢ ، فتحى والى - مبادئ قانون القضاء المدنى - بند ٤١٠ ص ٧١٧ ، ٧١٨ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٢٨ ، أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص ٢٠٩ ، حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٢ ص ٥٥ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - ص ١١٢٠ .

[2] أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٢٨ .

فإذا كان الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - يتضمــن خروجا على الطريق الأصلي للفصل في المنازعات التي تنشأ بيــن الأفــراد والجماعات في العقود - **وهو القضاء العام في الدولـــة** - فإنـــه يجــب أن ينصرف شرط التحكيم إلى النزاع المنصوص عليـــه فيـــه ، أو فـــى العقــد الأصلي الذي يتضمنه . فإذا ورد بشرط التحكيم أن كل المنازعات المتعلقـــة بتنفيذ العقد تحال إلى التحكيم ، فإن ذلك يعنى أن اختصاص هيئـــة التحكيــم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم إنما ينحصر فيما ينشأ بيــن الأطراف ذوى الشأن من منازعات متعلقة بتنفيذ العقد . أما غير ذلـــك مــن المنازعات ، فلاتدخل في اختصاصها .

وذات الحل ينطبق بالنسبة لمشارطة التحكيم . بمعنى ، أنه يجب على هيئـــة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم أن تلـــتزم بحدود النزاع المتفق على تحكيمها فيه ، بواســـطة أطـــراف الإتفـــاق علـــى التحكيم ، ولايجوز عندئذ إطلاق القول بأن قاضي الأصل ، هو قاضي الفـــرع لأن التحكيم هو طريقا إســـتثنائيا للفصـــل فـــى المنازعـــات بيـــن الأفـــراد والجماعات ، قوامه الخروج على طرق التقاضي العاديـــة ، وماتكفلـــه مـــن ضمانات ، فهو يكون مقصورا حتمـــا علـــى مـــاتنصرف إرادة المحتكميـــن " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إلى عرضه علـــى هيئـــة التحكيـــم المكلفـــة بالفصل في النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيـــم - **شـــرطا كـــان ، أم مشارطة** [1] .

وتطبيقا لضرورة التفسير الضيق لنطاق النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فقد قضى بأنه : " **إذا انصب الإتفـــاق**

---

(١) أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧٨/٢/١٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة (٢٩) ق - الطعن رقم (٥٢١) - السنة (٤٤) ق - ص ٤٧٢ . مشارا لهذا الحكم القضائي في : محمد محمـــود إبراهيم / مصطفى كيرة - أصول التنفيذ الجبري على ضوء المنهج القضـــائي - ١٩٨٣ - دار الفكـــر العربي بالقاهرة - ص ٨٥٠ .

على التحكيم على تفسير عقد من العقود ، فلا ينصرف ذلك إلى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن تنفيذ العقد " (١) .

كما قضى بأنه : " إذا نص فى شرط التحكيم على اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالمنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد ، فإنها لاتستطيع أن تفصل فى المنازعات الناشئة عن تفسيره ، وإنما يختص بها القاضى العام فى الدولة - باعتباره صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد والجماعات - وأيا كان موضوعها ، إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص - لخروجها عن نطاق شرط التحكيم ، فضلا عن أن هدف تفسير أى عقد من العقود ، هو الوصول إلى القصد الحقيقى للمتعاقدين . بينما تنفيذه هو أثرا للإلتزام . إذ يترتب على الإلتزام تنفيذه ، فإذا لم ينفذ التزامه اختيارا جاز إجباره عليه ، إعمالا لنص المادة (١٩٩) من القانون المدنى المصرى . ولكن إذا وجد نصا صريحا فى شرط التحكيم ، أو جاء شرط التحكيم عاما ، فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تختص عندئذ بتفسير شروط العقد " (٢) .

---

(١) أنظر : حكم محكمة مصر الكلية - الصادر فى ١٩٣٠/٣/٩ - المحاماه المصرية - س (١٢) - رقم (٢٢٤) - ص ٤٤٧ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٥/٦/١٧ - فى الطعن رقم (٤٠٦) - لسنة (٣٠) ق - ص ٧٧٨ ، مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد حسنى - قضاء النقض البحرى - ص ٦٩ - القاعدة رقم (٤٣٠) .

(٢) أنظر :

ERIC – LOQUIN : op . cit ., N . 72 .

وانظر أيضا : محمد كمال أبو الخير - قانون المرافعات معلقا على نصوصه بآراء الفقه ، وأحكام المحاكم - الطبعة الرابعة - ١٩٥٨ - الناشر محمد خليل بالقاهر - ص ١٠٤٩ ، أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٦١ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص

وإذا اتفق الأطراف ذوو الشأن على التحكيم - **بموجب شرط للتحكيم** - للفصل فى المنازعات الناشئة عن تنفيذ ، أو تفسير عقد معين ، فلايجوز أن تطرح على التحكيم منازعات ناشئة بينهم عن تنفيذ ، أو تفسير عقد آخر [١] .

وإذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على ألا يخضع للتحكيم إلا المنازعات المتعلقة بعقد شركة قائمة بينهم ، والتى تحدث بين الشركاء أنفسهم ، أو بين هؤلاء ، وبين مجلس إدارتها ، فإن المنازعة التى تحدث بين الشركة نفسها - **كشخص معنوى** - وبين مديرها السابق

١٧٨٣ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٢ ص ٣٢ ، فتحى والى - قانون القضاء المدنى اللبنانى - بند ٧٢ ص ١٢٦ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٥ - طبعة نادى القضاة بالقاهرة - ص ١١٢٠ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٦٢ ص ١٨٨ . عكس هذا : محمد رضا إبراهيم عبيد - شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى - البحث المشار إليه - بند ١٧ ص ٢٢٠ . حيث يرى سيادته أن لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة تفسير الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لتحديد نطاق سلطتها ، على أن يبقى تفسيرها خاضعا لرقابة القضاء العام فى الدولة ، تأسيسا على جواز أن يدرج شرط التحكيم فى عقد معين ، فيشمل كافة ماينشأ عن هذا العقد من منازعات - وأيا كان نوع هذه المنازعات ، سواء كانت خلافا حول تفسير بنود نصوص العقد ، أو كانت جزاء يطالب به أحد أطراف العقد بتعويضه ، نتيجة إخلال الأطراف الآخرين فيه بتنفيذ التزاماتهم الناشئة عنه . فضلا عن أن التفسير ماهو إلا الإستدلال على الحكم القانونى ، وعلى الحالة النموذجية التى وضع لها هذا الحكم .

(١) أنظر :

ERIC – LOQUIN : op . cit . , N . 15 .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٦/١/١٦ - السنة (٢٧) ق - ص ١٣٨ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٥ - طبعة نادى القضاة بالقاهرة - ص ١١٢٤ .

لاتدخل ضمن اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـــنزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم [١] .

وإذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيـــم** " علـــى التحكيم فى شأن النزاع الذى ينشأ من تنفيذ عقد معين ، فإنه لايجـــوز لهيئـــة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تفصـــل فى نزاع آخر ، يكون مرتبطا به ، ولو كان بين نفس أطراف العقـــد الـــذى تضمن شرط التحكيم بينهم [٢] .

وإذا كان الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق علـــى التحكيـــم** " قـــد حددوا فى مشارطة التحكيم المبرمة بينهم عناصر الخطأ الذى ارتكبه أحدهـــم فى علاقته بالأطراف الآخرين ، وطلبوا من هيئة التحكيم المكلفـــة بـــالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تقدير التعويض المناسب عـــن هـــذه العناصر ، فإنه لايحق عندئذ لهيئة التحكيم المكلفـــة بـــالفصل فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الحكم بالتعويض عن عناصر أخـــرى ، غـــير تلك الواردة على سبيل الحصر فى الإتفاق على التحكيم [٣] .

وإذا كان شرط التحكيم ينص على الفصل فى المنازعات الناشـــئة عـــن تنفيذ عقد معين ، أو عدم تنفيذ مايتضمنه ، عن طريق نظام التحكيـــم ، فإنـــه لايجوز لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـــنزاع موضـــوع الإتفـــاق علـــى

---

[١] أنظر :

Cass . Com . 6 Mars . 1956 . J . C . P . 1956 . 11 . 9373 .

[٢] أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١٦٤ .

[٣] أنظر :

Rennes . 25 Av . 1932 . Rec . 1932 . 439 .

التحكيم الحكم ببطلان هذا العقد ، وإلا كان هذا الحكم الصادر منها عندئذ باطلا [١] .

ويكون حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم باطلا ، إذا صدر ببطلان عقد بيع ، في حين كان النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **وكما تحدد في مشارطة التحكيم المبرمة بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم "** – هو تفسير شروط هذا العقد [٢] .

وإذا كان الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " قد **حددوا في مشارطة التحكيم المبرمة بينهم موضوع النزاع القائم بينهم ، بشأن تنفيذ عقد مقاولة ، ونصوا على تحكيم هيئة تحكيم ، لحسم هذا النزاع وحددوا مأموريتها بمعاينة الأعمال التي قام بها المقاول ، لمعرفة مدى مطابقتها للمواصفات ، والأصول الفنية ، من عدمه ، وتقدير قيمة الصحيح من الأعمال . كما نصوا في مشارطة التحكيم المبرمة بينهم على تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم في الحكم ، والصلح بينهم ، وكان ذلك التفويض بصفة عامة ، لاتخصيص فيه فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إذا أصدرت حكم التحكيم في النزاع القائم بينهم ، وحددت في منطوقه مايستحقه المقاول عن الأعمال التي قام بها جميعها ، حتى تاريخ الحكم الصادر بمبلغ**

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – الحكيم الإختياري ، والإجباري – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٣٣ .

(٢) **أنظر :**

Cass . Com . 28 Janv . 1958 . Rev . Arb . 1958 . 17 ; Paris . 21 Dec . 1964 . Gaz . Pal . 1965 . 1 . 274 ; Paris . 25 Janv . 1972 . Rev. Arb . 1973 . 158 .

معين ، فإنها لاتكون قد خرجت عن حدود مشارطة التحكيم ، أو قضت بغير ماطلبه الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " منها [١] .

وإذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " في شرط التحكيم المدرج في عقد معين ، على أن يتم الإلتجاء إلى نظام التحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن تفسيره ، وتنفيذه ، فإن الطلب العارض الذي يقصد به طلب التعويض المؤسس على الضرر الذي أصاب أحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، لسبب خارجي عن هذا العقد ، لايمكن قبوله أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [٢] .

وإذا اتفق على التحكيم في شأن قسمة مؤقتة عرفية ، فإنه لايجوز أن يمتد حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى مايتعلق بالقسمة النهائية .

وإذا اتفق على التحكيم في شأن حيازة أرض ، فإنه لايجوز أن يمتد حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى مايتعلق بملكية هذه الأرض [٣] .

---

[١] أنظر : نقض مدني مصري – جلسة ١٩٤٤/٥/١١ – مجموعة القواعد القانونية – ٤ – ص ٣٦٣ . مشارا لهذ الحكم القضائي في : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختياري ، والإجباري – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٧٦ ص ١٨١ .

[٢] أنظر :

Cass . Civ . 16 Juin . 1976 . Rev . Arb . 1977 . 269 . 2e espace .

[٣] أنظر : نقض مدني مصري – جلسة ١٩٥٢/١/٣ – المحاماه المصرية – س (٣٣) – العدد (٨) – ص ١١٢٩ . مشارا لهذا الحكم القضائي في : حسني المصري – شرط التحكيم التجاري – المقالة المشار إليها – بند ٤ ص ٨ . عكس هذا : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختياري ، والإجباري – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٣ ص ٣٣ .

ويقع باطلا حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والذى فصل في ملكية عقار ، في حين كان موضوع النزاع كما تحدد في الإتفاق على التحكيم هو تعيين حدود هذا العقار [١] .

وإذا تبين من الحكم المطعون فيه أن النزاع قد ثار في الدعوى حول ماإذا كان المطعون عليه مهندسا ، يستحق باقى أتعابه المتفق عليها ، ولم يحصل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " خلافا حول تفسير أى نص من نصوص العقد ، أو إقرار المطعون عليه الذى وافق بمقتضاه على أن يتم صرف باقى مستحقاته عند البدء في تنفيذ المشروع وإنما تنكر عليه الشركة - **الطاعنة** - إستحقاقه الأتعاب ، إستنادا إلى أنه لم يقم بتنفيذ كافة التزامته الناشئة عن العقد ، وهي مسألة لاشأن لها بتفسيره وهو الموضوع الذى اقتصر الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على عرض النزاع الذى يثور بشأنه على التحكيم . لما كان ذلك فإن الإختصاص ينعقد في الدعوى القضائي للقضاء العام في الدولة ، صاحب الولاية العامة بالفصل في المنازعة [٢] .

وإذا كان موضوع شرط التحكيم المدرج في عقد بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هو حسم المنازعات الناشئة عن تنفيذه ، فإن هذا يشمل الطلبات المترتبة على عدم تنفيذه - **كطلب التعويض والفوائد ، والفسخ .... إلخ** [٣] ، [٤] .

---

(١) أنظر :

Cass . Civ . 9 Fev . 1955 . Rev . Arb . 1955 . 60 .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٥/٦/١٧ - في الطعن رقم (٤٠٦) - لسنة (٣٠) ق - ص ٧٧٨ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٣٣ .

(٣) أنظر : وجدى راغب فهمى - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١١ .

(٤) فى بيان تطبيقات قضائية أخرى فى القضاء المقارن ، لضرورة التفسير الضيق لنطاق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – أنظر : عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٩٥ ومابعدها .

الباب الثانى

الطبيعة القانونية لنظام التحكيم [١] ، [٢] .

تمهيد ، وتقسيم :

تعددت آراء فقه القانون الوضعى المقارن حول تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، على نحو أدى بالبعض إلى القول باستقلالية التحكيم بنظامه وأصالته فى الفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات .

فى حين رجح البعض الآخر التكييف التعاقدى لنظام التحكيم .

وانتهى البعض إلى تغليب الطابع القضائى لنظام التحكيم .

---

(١) فى استعراض آراء فقه القانون الوضعى المقارن بشأن طبيعة نظام التحكيم ، أنظر : إبراهيم أحمد إبراهيم – التحكيم الدولى الخاص – ١٩٨٦ – ص ٢٥ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢، ٣ ص ١٧ ومابعدها ، وجدى راغب فهمى – هل التحكيم نوع من القضاء ، مفهوم التحكيم ، وطبيعته ، أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ٣/٤٢ ، ٤٣ ص ٧٥ ومابعدها ، والهوامش الملحقة ، محمد نور عبد الهادى شحاته – الرقابة على أعمال المحكمين – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٢٩ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٣ ص ٦ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى – التحكيم ، والتصالح – ١٩٩٦ – ص ٢٩ ومابعدها ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٤٧ ومايليه ص ١٥٦ ومابعدها ، على بركات – خصومة التحكيم – بند ١٩ ومايليه ص ٢١ ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٨٤ ومابعدها .

(٢) فى دراسة طبيعة نظام التحكيم فى الشريعة الإسلامية الغراء ، أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٢٢ ومابعدها

وحاول البعض الآخر الأخذ بموقف وسط ، عن طريق تبني حلا توفيقيا مقتضاه ، إعتبار نظام التحكيم فى مجموعه مزيجا بين العنصرين . ومن ثم فإنه يتسم بطبيعة مختلطة **mixte** ، أو هجينية **hybride** .

وقد انعكس الخلاف فى فقه القانون الوضعى المقارن على مواقف القضاء فى ذات الدولة ، حيث جنحت بعض أحكام القضاء المقارن إلى تبني التكييف القائم على طبيعة النشاط المستهدف ، وهو الفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات . بينما لجأت بعض أحكام القضاء المقارن إلى التركيز على الأساس التعاقدى لنظام التحكيم ، والذى يمثل نقطة الإنطلاق والمميز الجوهرى للنشاط التحكيمى ، فى مختلف مراحله .

وأرى من جانبى الحاجة إلى عرض مختلف آراء فقه القانون الوضعى المقارن ، وانعكاساتها القضائية بشأن تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم وأحكام التحكيم . والتى اعتبرها البعض أنها أعمالا خاصة ناتجة عن الإرادة التصرفية للأفراد ، والجماعات . ومنهم من اعتبرها أعمالا قضائية ، بعد الأمر بتنفيذها . ومنهم من أدخلها فى عداد الأعمال القضائية بإطلاق . **لأجل ذلك ، فإننى سوف أتعرض لآراء فقه القانون الوضعى المقارن ، والتى قيلت بها فى تحديد الطبيعة القانونية لنظام لتحكيم ، واضعا هذه الآراء فى الميزان ، ثم أبين أخيرا ، موقفى من هذا الخلاف ، فى خمسة فصول متتالية ، وذلك على النحو التالى :**

الفصل الأول :

النظرية التعاقدية للتحكيم .

الفصل الثانى :

النظرية القضائية لنظام التحكيم .

الفصل الثالث :

نظرية الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم .

الفصل الرابع :

نظرية إستقلال نظام التحكيم .

والفصل الخامس ، والأخير :

طبيعة نظام التحكيم من وجهة نظر البـــاحث

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

الفصل الأول

النظرية التعاقدية لنظام التحكيم [(١)] .

---

(١) فى تأييد جانب من فقه القانون الوضعى المقارن للطابع التعاقدى لنظام لتحكيم ، أنظر :

WEILL : Les sentences arbitrales en droit international prive . These. Paris . 1906 . P. 44 et s ; **ALFRED BERNARD** : L'arbitrage volontaire en droit prive . Bruxelles . 1937. N . 482 . P . 284 ; **GARSONNET** : op . cit . , N . 266 . P. 536 et s , et N. 295 . P. 589 et s ; **F . E . KLEIN** : Autonomie de la volonte et arbitrage . Revue critique . 1958 . P. 281 ; Considerations sur l'arbitrage en droit international prive . Bale . 1955 . P. 203et 223 ; **CARABIBER** : L'evolution de l'arbitrage commercial . Recueil des cours . 1960 . P. 125 ; l'arbitrage Institution majeur . Revue de l'arbitrage . 1966 ; **RAYMOND GUILLIEN** : Retours sur quelques sujets d'acte juridictionnel et de chose jugee . Melanges dedies a **JEAN – VINCENT** . Dalloz . 1981 . P. 121 ; **ANTOINE KASSIS** : Probleme de base de l'arbitrage . Tome . 1 . Paris . L . G . D . J. 1987. P. 30.

وانظر أيضا : عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – ١٩٢٣ – بند ١٣٧ ص ٩٢٢ ، محمد حامد فهمى – تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية ، والحجوز التحفظية – ط٢ – ١٩٤٠ – بند ٩٠ ص ٦٦ ، ط١٩٥٩ – بند ٥٣ ومايليه ، رمزى سيف – قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية – بند ١٠٤ ص ١٠٩ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم بالقضاء ، وبالصلح – ط١ – ١٩٦٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ١٠٠ ص ٢٥ . وبرغم إيراد سيادته للتعريف المذكور " التحكيم عقدا رضائيا " contrat consensuel ، إلا أنه عاد فى الطبعة الرابعة – ١٩٨٣ – منشأة المعارف بالأسكندرية – من مؤلف التحكيم الإختيارى ، والإجبارى لتأييد الطبيعة القضائية للتحكيم – ص ١٩٢ ، ٢٠٠ ، وكذلك فى الطبعة الخامسة – ١٩٨٨ – بند ٣ ص ١٨ ومابعدها ، إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية ، والتجارية – ط٨ – بند ٥٥ ص ١١٣ .

وانظر أيضا : وجدى راغب فهمى – النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات – ص ٣٨٢ ومابعدها ، عبد المنعم الشرقاوى ، عبد الباسط جميعى – شرح المرافعات المدنية ، والتجارية – ١٩٧٥ – بند ٤٦٤ ص ٦٣٣ ، أحمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – رسالة مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق – سنة ١٩٧٩ – ص ٢٠٤ ، ٢٢٩ ، أحمد الشلقانى – التحكيم فى عقود التجارة الدولية – مجلة إدارة قضايا الحكومة – العدد الرابع – السنة العاشرة ، محمد عبد الخالق عمر – النظام القضائى المدنى – الجزء

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الفصل إلى خمسة مباحث متتالية ، وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول :

مضمون النظرية التعاقدية لنظام التحكيم لدى فقه القانون الوضعى المقارن .

المبحث الثانى :

موقف القضاء المقارن من النظرية التعاقدية لنظام التحكيم .

المبحث الثالث :

أسانيد النظرية التعاقدية لنظام التحكيم .

الأول - ط١ - ١٩٧٩ - ص ١٠٨ ، نبيل إسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ، ونظامه القانونى - ط١ - ١٩٨١ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ١٣٨ ص ٢١٩ ، أمينة النمر - قوانين المرافعات - الكتاب الثالث - ١٩٨٢ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٨٥ ص ١٥٢ ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٣ ص ٧ ، ٨ .

وراجع الفقه الإيطالى المؤيد للطابع التعاقدى لنظام لتحكيم ، والمشار إليه فى مرجع : فتحى والى - قانون القضاء المدنى الكويتى - دراسة لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، وأهم التشريعات المكملة لها - ١٩٧٧ - مطبعة جامعة الكويت - بند ١٨ ص ٢٨ - الهامش رقم (٢) .

وراجع بصفة عامة فى عرض النظرية التعاقدية لنظام التحكيم ، وانتقادها :

GARSONNET et CEZAR-BRU : op. cit., T. 8. N. 220, 294, 298 ; RUBELLIN - DEVICHI : Arbitrage. nature juridique. N. 5 et s.

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التحكيم بالقضاء ، وبالصلح - ص ١٨٥ ومابعدها ، فتحى والى - الوسيط - بند ٢٤ ص ٥٢ ومابعدها ، أبو زيد رضوان - الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى - ١٩٨١ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ١٩ ومابعدها ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٥٥ ومايليه ص ١٧٤ ومابعدها ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٤ ومايليه ص ٢٤ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٨٦ ومابعدها .

المبحث الرابع :

مايترتب على الأخذ بالنظرية التعاقدية لنظام التحكيم .

والمبحث الخامس ، والأخير :

تقييم النظرية التعاقدية لنظام التحكيم .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

المبحث الأول

مضمون النظرية التعاقدية لنظام التحكيم لدى فقـــه القانون الوضعـــى المقـــارن .

يرى أنصار النظرية التعاقدية لنظام التحكيم أن نظام التحكيم ذو طبيعـــة تعاقدية ، وليست قضائية ، وأن أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - ليســوا قضاة [١] ، وليس لهم ولاية الحكم ، وأنهم مجرد أفرادا عاديين ، وأن أحكـــام التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم - **شروطا كـــانت ، أم مشارطات** - ليست أحكاما قضائية ، وإنما تستعير هذه الأحكام آثارها مـــن إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، الذين حكموهـــم للفصل فى منازعاتهم ، واتفقوا على الخضوع لقضائهم [٢] .

ولهذا ، فإنه يلزم أن تستمد أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات موضـــوع اتفاقات التحكيم - **شروطا كانت ، أم مشارطات** - قوتها التنفيذية من ســلطات الدولة ، فيصدر القضاء العام فى الدولة أمرا بتنفيذها ، بعد التحقق من انتفـــاء مايمنع تنفيذها ، فيؤدى أمر التنفيذ إلى صيرورتها ســـندات تنفيذيـــة واجبـــة

---

(١) أنظر : محمد حامد فهمي – تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية – بند ٩٠ ص ٦٦ ، أحمد أبـــو الوفا – إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٥٥ ص ١١ .

(٢) أنظر : أحمد محمد مليجي موسى – تحديد نطاق الولاية القضائيـــة ، والإختصـــاص القضـــائى – الرسالة المشار إليها .

وانظر كذلك فى استعارة أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم - شروطا كـانت ، أم مشارطات – آثارها من إرادة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " : محمد حامد فـــهمي – الإشارة المتقدمة .

التنفيذ [١] ، ولايؤدى هذا الأمر إلى جعل حكم التحكيم الصادر فـــى الـــنزاع موضوع **الإتفاق** على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - عمـــلا قضائيــا بالمعنى الفنى الدقيق ، لأن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفـــاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - يظـــل مرتبطـــا فـــى مصـــيره وتفسيره بعقد التحكيم ، حتى بعد صدور الأمر بتنفيذه [٢] ، وإنما يكون الحكـــم القضائى الصادر من المحكمة فى الدعوى القضائية الأصلية المرفوعة بطلـــب بطلانه عملا قضائيا بالمعنى الفنى الدقيق [٣] .

وسواء كان الإلتجاء إلى نظام التحكيم ناتجا عن مشـــارطة تحكيـــم ، أو **شرط للتحكيم ، فإن أنصار النظرية التعاقدية لنظام التحكيم يضفـــون الطـــابع** الإتفاقى على خصومـــة التحكيـــم ، حيـــث أن تحديـــد نطاقـــها الشـــخصى والموضوعى يتم باتفاق بين الأطراف المحتكمين " **أطـــراف الإتفـــاق علـــى التحكيم** " ، فهم الذين يعينون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـــنزاع موضوع **الإتفاق** على التحكيم - **شرطا كـــان ، أم مشـــارطة** - أو يحـــددون وسيلة اختيارهم ، وعددهم ، وحدود مهمتهم ، من خلال بعض القيود الإتفاقية الواردة على سلطات هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بجانب القيود القانونية الواردة فى هذا الشأن [٤] .

فتتمثل إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فـــى نظام التحكيم فى الإتفاق عليه ، وفى الإتفاق على نوعه ، ومالإذا كان تحكيمـــا

---

[١] أنظر : وجدى راغب فهمى - النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات - الرسالة المشار إليها - ص ٣٨٤ .

[٢] أنظر : وجدى راغب فهمى - الإشارة المتقدمة .

[٣] أنظر : وجدى راغب فهمى - الإشارة المتقدمة .

بالقضاء " **التحكيم العادى** " ، أم تحكيما مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " وفى الإتفاق على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - واختصاصهم ، ومدى سلطتهم عند نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** ، وفى تحديد المواعيد ، والإجراءات الواجبة الإتباع أمامهم ، ومكان التحكيم .
كما قد يتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على عدم قابلية حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم مشارطة - لأى طريق من طرق الطعن المقررة لأحكام القضاء العام فى الدولة [١] .

فالإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وحكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عند أنصار النظرية التعاقدية لنظام التحكيم يمثلان كلا واحدا ، لايمكن فصلهما ، فهما يكونان هرما ، **قاعدته** : الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - **وقمته** : حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والذى يبدوا مجرد عنصرا تبعيا فى عملية التحكيم ، رغم أنه الهدف منها [٢] ، ويدمجون حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع

---

(١) فى بيان نطاق إرادة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " فى نظام التحكيم ، أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٤ ص ٢٠ .

(٢) أنظر : عز الدين عبد الله - المقالة المشار إليها - ص ٢٥ ، بشندى عبد العظيم - حماية الغير فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق - سنة ١٩٩٠ - ص ٢٦٦ ومابعدها ، . حيث يضفى سيادته الطابع الإتفاقى على خصومة التحكيم ، من خلال تحديد نطاقها الشخصى ، والموضوعى ، باتفاق الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم "

موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم - **شـــرطا كـــان ، أم مشارطة** - سواء تم التحكيم داخل الدولة ، أم فى دولة أجنبية [1] ، أى ســواء كان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد صـــدر فى داخل الدولة ذاتها ، والمطلوب الأمر بتنفيذه فيها ، أم فى دولـــة أجنبيـــة وحتى ولو كانت السلطة القضائية لبلد الأصل قد أسبغت عليه القوة التنفيذيـــة فإنه لايترتب على ذلك أن يصبح بمثابة حكما قضائيا .

فمركز الثقل **centre de gravite** فى نظام التحكيم بكـــل تركيباتـــه المعقدة ، ومصدر قرارات التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع اتفاقـــات التحكيم - **شروطا كانت ، أم مشارطات** - هو اتفاق أطراف النزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم ، ولاتجد قوتها التنفيذية إلا فى هذا الإتفـــاق الخـــاص . ومن ثم ، تنسحب طبيعة نظام التحكيم التعاقدية على هذه القرارات ، وتكـــون هى واتفاق التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - كلا لايتجزأ [2] .

ولكن عقد التحكيم - **طبقا لما يراه أنصار النظريـــة التعاقديـــة لنظـــام التحكيم** - تكون له طبيعة مستقلة ، لأنه يختلف عن سائر العقود ، من حيـــث أركانه ، انعقاده ، وآثاره .

فالأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لايملكون التدخل فـــى عمل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم ، على الرغم من أن إراداتهم تكون هى مصدر سلطتها [3] .

---

(١) أنظر :

MEZGER : La jurisprudence Francais relative aux sentences arbitrales etrangeres et la doctrine de l'autonomie de la volonte en matiere d'arbitrage international de droit prive. Melanges : MAURAY. Paris. 1960. T. 1. P. 273 – 291.

(٢) أنظر :

MAZGER : op. cit., P. 598, 599.

(٣) أنظر :

فنظام التحكيم هو عملا من أعمال القانون الوضعي الخاص ، **يستند إلى** الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وأعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ليسوا قضاة ، وإنما هم مجرد أفرادا عاديين ، تستمد أحكامهم التحكيمية الصادرة فى المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم - **شروطا كانت ، أم مشارطات** - قوتها من إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " الذين حكموهم ، واتفقوا على الخضوع لقضائهم .

والأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الذى يصدره القضاء العام فى الدولة بعد ذلك هو الذى يمد قرار التحكيم بقوة السلطة العامة ، ويرفعه إلى مرتبة أحكام القضاء .

والإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لاتقتصر أهميته على وجود نظام التحكيم ، بل تمتد إلى كل نواحيه ، لتهيمن على نظامه القانونى باعتبار أن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - هو الذى يحدد نطاق نظام التحكيم - **من حيث أشخاصه ، وموضوعه** - فهو الذى يعين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أو يبين طريقة تعيينهم ، كما يعين النزاع محل نظام التحكيم ، أو مجال هذا النزاع .

بل إن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - قد يشتمل على بيان الإجراءات الواجبة الإتباع أمام هيئة التحكيم ، عند نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وتحديد مواعيدها ، والقانون الواجب التطبيق على موضوعه ، أو إعفاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع

RUBELLIN-DEVICHI (JACQUELIN) : L'arbitrage . nature juridique . P. 13 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التحكيم بالقضاء ، وبالصلح - ط١ - ١٩٦٤ - ص ١٨٨ ، إبراهيم نجيب سعد - حكم التحكيم - رسالة باريس - ١٩٦٩ - ص ٢٨ .

الإتفاق على التحكيم من تطبيق أى قانون موضوعى معين على النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، كما هو الشأن فى التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

فأطراف الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - هم سادة نظام التحكيم ، والإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - هو قانونه الواجب الإحترام ، طالما أنه لم يخالف قاعدة من قواعد النظام العام فى القانون الوضعى .

وخلاصة القول ، أن عمل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يختلف فى طبيعته عن عمل القاضى العام فى الدولة ، وهو مايفرض ضرورة المباعدة بينهما ، فهو ليس عملا قضائيا وإنما هو عملا متميزا ، يجد أساسه فى عقد ، يستند إلى الإرادة التصرفية للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . ولذلك ، فإن أعمال هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تستمد آثارها من الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - الذى كان سببا لها ، ولايمكن عزل حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى وجوده ، وصحته عن هذا الإتفاق .

فلايوجد حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ولايرتب آثاره القانونية " **الموضوعية ، والإجرائية** " إلا بوجود الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وقيامه صحيحا بين أطرافه .

المبحث الثانى
موقف القضاء المقارن من
النظرية التعاقدية لنظام التحكيم .

تقسيم :

تسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هـــذا المبحـــث إلـــى مطلبين متتاليين ، وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول :

موقف القضاء الفرنسى من النظرية التعاقدية لنظام التحكيم

والمطلب الثانى :

موقف القضاء المصرى من النظريـــة التعاقديـــة لنظـــام التحكيم .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

المطلب الأول

موقف القضاء الفرنسى من النظرية التعاقدية لنظام التحكيم .

أكدت محكمة النقض الفرنسية فى العديد من أحكامها القضائية على الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم ، بتقريرها أنه : " **قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشارطة تحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشارطة ، وتنسحب عليها صفتها التعاقدية** " [1] .

وهى وإن كانت قد أكدت فى بعض أحكامها القضائية الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم بشكل صريح ، إلا أنها وفى أحكام قضائية أخرى - **وبعد تردد طويل** - قد أكدت الإتجاه التعاقدى لنظام التحكيم بطريقة غير مباشرة [2] .

---

(١) أنظر :

Cass . 27 Juill . 1937 . S . 1938 – 1 – 25 , D . 1938 – 1 – 25 , Gaz . Pal . 1937 – 1 – 618 .

فمحكمة النقض الفرنسية فى هذا الحكم القضائى قد أيدت الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم ، بانسحاب هذه الطبيعة إلى كل من الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - وحكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم ، فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . مشارا لهذا الحكم فى : أبو زيد رضوان - الأسس العامة للتحكيم التجارى الدولى - بند ١٤ ص ٢٥ - الهامش رقم (٦٨) ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٧٣/أ ص ٢١٢ - الهامش رقم (١) .

(٢) أنظر :

Cass . Req , 9 Juillet – 1928 . D – ١ – ١٩٢٨ – 173 . Note : CREMIEU . S . 1930 – 1 – Note : NEBOYET . cite par : JEAN ROBERT , Arbitrage civile et commercial . quatrieme edition . 1967 . Sirey . N . 411 .

ومع ذلك ، لايبدوا من أحكام القضاء الفرنسى أن هذا الإتجاه قد لاقى تـــأييدا حاسما إلا فى القليل من أحكام المحاكم الفرنسية ، حيث لم يوجد سوى ثلاثـــة من أحكام المحاكم الفرنسية تؤيد حكم محكمة النقض الفرنسية المتقدم ذكـــره وغيرها من أحكامها التى تؤكد الطابع التعاقدى لنظام لتحكيم [(١)] .

وراجع هذا الحكم القضائى بالتفصيل ، وغيره من أحكام محكمة النقض الفرنسية الـــتى أيـــدت الطـــابع التعاقدى لنظام التحكيم ، وانسحاب هذا الطابع على كل من الإتفاق على التحكيم – شرطا كـــان ، أم مشارطة – وحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

JACQUELINE – DIVICHI : La nature juridique de l'arbitrage . P . 10 et s .

(١) وأحكام المحاكم الفرنسية الثلاثة ، والتى أيدت أحكام محكمة النقض الفرنسية فى الأخذ بـــالتكييف التعاقدى لنظام لتحكيم هى :

Paris . 22 Janvier . 1954 . D . ١٩٥٥ . Note : ROBERT ; Paris . 10 Avril . 1957 . Rev . Arb , 1958 . 120 . Note : LOUSSOUREN ; La cour d'appel de Caen . 22 Oct . 1959 . Rev . Arb , 1960 . P . 597 . Note : MEZGER .

مشارا لهذه الأحكام القضائية فى : أبو زيد رضوان – الأسس العامة للتحكيم التجارى الـــدولى – بنـــد ١٤ ص ٢٥ – الهامش رقم (٦٩) ومايليه ، وراجع كذلك الأحكام المشار إليها فى : على بركـــات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٢٦ ص ٢٧ – الهامش رقم (١) ، (٢) .

المطلب الثانى
موقف القضاء المصرى من
النظرية التعاقدية لنظام التحكيم .

يبدوا ميل القضاء المصرى لترجيح الطابع الإتفاقى لنظام التحكيم ، إذ ترى محكمة النقض المصرية أنه : " **قوام التحكيم الخروج على طرق التقاضى العادية ، وأن مفاد نص المادة (٨١٨) من قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ " المادة (٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " تخويل المتعاقدين الحق فى الإلتجاء إلى التحكيم لنظر ماقد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلا . فاختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكز أساسا إلى حكم القانون الوضعى والذى أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء ، إلا أنه ينبنى مباشرة - وفى كل حالة على حدة - على اتفاق الطرفين ، وهذه الطبيعة الإتفاقية التى يتسم بها شرط التحكيم ، وتتخذ قواما لوجوده ، تجعله غير متعلق بالنظام العام ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بإعماله من تلقاء نفسها ، وإنما يتعين التمسك به أمامها ، ويجوز النزول عنه صراحة ، أو ضمنا ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخرا بعد الكلام فى الموضوع ، إذ يعتبر السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع ، نزولا ضمنيا عن التمسك به** " [(١)]

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٦/٥/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة السابعة عشرة - الطعن رقم (١٦٧) - ص ١٢٢٤ . وفى نفس المعنى ، أنظر : حكم محكمة النقض المصرية - الصادر فى (١٦) فبراير سنة ١٩٧١ - مجموعة النقض - السنة (٢٢) - ص ١٧٩ ، وحكمها القضائى الصادر فى (١٥) فبراير سنة ١٩٧٨ - مجموعة النقض - السنة (٢٩) -

ويتضح من حكم محكمة النقض المصرية المتقدم ذكـــره ، ومـــن الأحكـــام الأخرى المماثلة – والتى أصدرتها فى هذا الشأن – بيانـــها بشـــكل حاسـم لطبيعة نظام التحكيم ، حيث أنها ترجح الطابع الإتفاقى لنظام التحكيم ، فـــهى تركز على الأساس التعاقدى له ، والذى يمثل نقطـــة الإنطـــلاق ، والممـــيز الجوهرى للنشاط التحكيمى فى مختلف مراحله .

ولم نجد من أحكام المحاكم الدنيا المصرية مايخالف النهج الذى انتهجتـه محكمة النقض المصرية فى أحكامها المشار إليها ، والتى تبنت فيها التكييـف التعاقدى لنظام التحكيم ، والقائم على أن مركز الثقل فى نظام التحكيـم بكـل تركيباته المعقدة هو اتفاق أطراف الخصومة على عرض النزاع على هيئـــة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، للفصل فيه ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العـــام فـــى الدولـــة ، صـــاحب الولايـــة العامـــة والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - وأيـا كان موضوعها ، إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص [١] .

وأحكام محكمة النقض المصرية المشار إليها ، وإن لم تتبـــن التكييـــف التعاقدى لنظام التحكيم بشكل صريح ، إلا أنه يفـــهم – وبشـــكل ضمنـــى – أخذها بالتكييف التعاقدى لعملية التحكيم بكل تركيباتها المعقدة .

ففى أحد أحكامها تقول : " إلا أنه – أى التحكيم – ينبنى مباشـــرة ، وفـــى كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين " ، فيدل ذلك ضمنـــا علـــى أخذهـــا بالتكييف التعاقدى لنظام التحكيم ، وعملياته ، بكل تركيباته المعقدة .

ص ٤٧٢ . مشارا لهذين الحكمين فى : إبراهيم أحمد إبراهيم – التحكيم الدولى الخاص – ص ٣١ – الهامش رقم (٢) .

[١] أنظر : حكم محكمة إستئناف مصر – جلسة ١٩٤١/٤/٦ – مجلة المحاماه المصريـــة – ٢١ – ص ١٠١٩ .

المبحث الثالث

أسانيد النظرية التعاقدية لنظام التحكيم [1] .

استند أنصار النظرية التعاقدية لنظام التحكيم فى تأييدهم لطبيعة نظام التحكيم التعاقدية لعدة أسانيد ، أذكر منها :

السند الأول :

أن أساس نظام التحكيم هو إرادة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " فى التصالح :

إذ ماله أهمية بالنسبة لتحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم هو رغبة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى حل نزاعهم بطريقة ودية ، عن طريق إحلال تقدير شخص ثالث ، هو هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم محل تقديرهم وقبولهم لتقدير هذا الشخص الثالث .

السند الثانى :

هناك إختلافا فى الهدف بين نظام التحكيم ، ونظام القضاء العام فى الدولة :

إذ بينما يرمى نظام التحكيم إلى تحقيق مصالح خاصة للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، فإن نظام القضاء القضاء العام فى الدولة يرمى إلى تحقيق مصلحة عامة .

---

[1] فى بيان أسانيد النظرية التعاقدية لنظام التحكيم ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٥٧ ص ١٧٩ ومابعدها ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٢٤ ص ٢٥ ، ٢٦ ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٨٧ ومابعدها .

السند الثالث :

باتفاق الأفراد ، والجماعات على نظام التحكيم ، فإنهم يمنحون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة مصدرها إراداتهم ، وهذه السلطة لايمكن أن تكون سلطة قضائية ، إذ أنها تقوم على إرادة الأفراد ، والجماعات :

إذ لما كانت طبيعة الرابطة القانونية مصدر هذا الأثر هى التى تحدد طبيعة هذا الأثر ، فإنه لايمكن اعتبار سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة عامة ، إلا إذا كان الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " - وهم يعينون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - سلطة عامة ، وهو مالم يقل به أحد (١) .

السند الرابع :

القضاء العام فى الدولة يفترض عدم إرادة أحد الطرفين الإمتثال للقاعدة القانونية - والتى تحمى مصلحة الطرف الآخر فى مواجهته . بينما فى نظام التحكيم يرغب الأطراف المحتكمون " أطراف

---

(١) أنظر : محمد حامد فهمي - تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية - بند ٩٠ ص ٦٦ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط١ - ١٩٨٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٥٢ ، ٥٣ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٤ - ١٩٨٣ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١٥٢ ، ١٥٣ . وراجع الفقه الإيطالى المشار إليه فى : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٧٣ ص ٢١٢ .

وانظر أيضا :

FOUCHARD PHILIPPE : L'arbitrage commercial international. Dalloz. 1965. Paris. N. 16 et s.

وراجع الفقه الفرنسى المشار إليه فى : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٧٣/أ - ص ٢١٢ - الهامش رقم (٣) .

الإتفاق على التحكيم " بإراداتهم إبعاد كل شك حول نطاق حقوقهم ومراكزهم القانونية [1] .

السند الخامس :

الطبيعة الإتفاقية لنظام التحكيم تؤيدها الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها :

إذ يمكن أن تكون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من الوطنيين ، أو الأجانب . بينما الوظيفة القضائية لايباشرها سوى الوطنيين ، أى أن القاضى العام فى الدولة لابد وأن يكون مواطنا ، إعتبارا بأن القضاء العام فى فى الدولة يعد وظيفة عامة ، لايباشرها إلا المواطنون .

كما أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إذا لم تقم بواجبها فى تحقيق العدالة بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، فإنه لاتطبق عليها عندئذ قواعد إنكار العدالة ، والتى تطبق على القاضى العام فى الدولة ، إذا لم يقم بواجبه فى تحقيق العدالة .

فطالما أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم غير معينة من قبل الدولة ، فإنها لاتلتزم بمباشرة مهمة التحكيم ، إلا بقبول أعضائها لها ، ويستطيعون - **كلهم ، أو بعضهم** - رفضها بعد قبولها ولايعتبرون عندئذ أنهم منكرين للعدالة .

كما أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إذا أخطأت ، فإنها لاتخضع عندئذ لقواعد المخاصمة ، والتى يخضع لها القاضى العام فى الدولة ، إذا أخطأ أثناء مباشرة الوظيفة القضائية ، حيث

---

[1] أنظر : محمود محمد هاشم - الإشارة المتقدمة .

لاتعتبر من القضاء العام فى الدولة . ومن ثم ، لايتمتع أعضاؤها بالضمانات المقررة للقاضى العام فى الدولة .

فلايلزم اتباع إجراءات المخاصمة عند مطالبة أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالتعويض ، بسبب أخطاء كانوا قد ارتكبوها أثناء مباشرتهم لمهمة التحكيم ، وإنما هم - شأنهم فى ذلك شأن أى شخص - يسألون عن تعويض الضرر ، إذا أخطأوا وترفع الدعوى القضائية بالتعويض عليهم بالإجراءات المقررة وفقا للقواعد العامة ، أى أن أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يلتزمون بتعويض الخصم الذى لحقه ضررا من ذلك وفقا لقواعد المسئولية العقدية ، إذ لاتطبق عليهم عندئذ قواعد المخاصمة التى تطبق على القاضى العام فى الدولة .

ونتيجة لذلك ، فإن أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يسألون عن أى خطأ يرتكبونه أثناء مباشرتهم لمهمة التحكيم ، وليس شأنهم فى ذلك شأن القاضى العام فى الدولة ، والذى لايسأل إلا فى الأحوال الواردة فى القانون الوضعى على سبيل الحصر (١) ، (٢) ، (٣) .

---

(١) وذلك فى الأحوال التى وردت فى المادة (٤٩٤) من قانون المرافعات المصرى ، والخاصة بمخاصمة القضاة ، وهى كالتالى : الغش ، التدليس ، والغدر ، المادة (٣/٤٩٤) ، الخطأ المهنى الجسيم " المادة (٤٩٤/ ١) ، إنكار العدالة (المادة (٢/٤٩٤) . فى دراسة ذلك بالتفصيل ، أنظر : وجدى راغب فهمى - مبادئ الخصومة المدنية - ص ١٩١ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول - أصول المرافعات - بند ١١٥ ص ١٨٣ ومابعدها .

(٢) فى دراسة دعوى مخاصمة القضاة ، وأعضاء النيابة العامة فى القانون الوضعى " من حيث بيان المحكمة المختصة بها ، ميعاد رفعها ، إجراءات الخصومة فيها ، والنظام القانونى المقرر لها " ، أنظر : على عوض حسن - رد ، ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية - ط١ - ١٩٨٩ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط١ - ١٩٨٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٤٠٤ ومايليه ص ٩٥٠

كما أجازت الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - أن تكون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من الأجانب .

فقد نصت المادة (٢/١٦) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على أنه :

" **لايشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفقا طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك** " .

كما نصت الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى فى مادتها الثالثة على **جواز تعيين الأجانب كأعضاء فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع** موضوع الإتفاق على التحكيم - **سواء كان النزاع " موضوع الإتفاق على التحكيم " فى الأصل من اختصاص محكمة أجنبية ، أمة كان من اختصاص محكمة وطنية .**

كما أجاز النظام القانونى السعودى أن تكون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من الوطنيين ، أو الأجانب المسلمين

ومابعدها ، ط٣ - ١٩٨٦ - بند ١١٠ ومايليه ص ٢٠٥ ومابعدها ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - ط٢ - ١٩٩٠ / ١٩٩١ - المكتبة القانونية - ص ١٦٧ ومابعدها ، ص ١٢٣ ومابعدها .

(٣) فى دراسة مسئولية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : أحمد أبو الوفا - عقد التحكيم ، وإجراءاته - ط٢ - ١٩٧٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٨٩ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٤ - ١٩٨٣ - بند ٧٨ ص ٢٠٠ ، ٢٠١ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١/٧٣ ص ٢١٣ - الهامش رقم (١) .

" المادة (٤ ل ت ن ت) " ، عملا بما درج عليه فقه القانونى الوضعى هناك (١) .

كما يمكن أن ترفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم (٢) ، بعكس أحكام

---

(١) مشار لهذا فى : محمود محمد هاشم — إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء — ص ١١١ .
عكس هذا : المادة (٨١٢) من قانون المرافعات الإيطالى ، والصادر سنة ١٨٦٥ ، والذى اتسم بطابعه المتشدد حتى فترة قريبة . ومن أوجه هذا التشدد : النص فى المادة (٨١٢) منه على ضرورة أن يكون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من الإيطاليين ، ومثل هذا التشدد جعل إيطاليا من الأماكن التى يتجنبها الأطراف فى التحكيم الدولى ، ومحلا للإنتقادات من قبل فقه القانون الوضعى الإيطالى ، على صعيد التحكيم الداخلى ، مما حدا بالمشرع الوضعى الإيطالى إلى إدخال بعض التعديلات التشريعية ، بمقتضى القانون الوضعى الإيطالى الصادر فى (٩) فبراير سنة ١٩٨٣ ، والذى أجاز أن يكون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من الأجانب غير الإيطاليين . فى بيان ذلك ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته — الرقابة على أعمال المحكمين — ١٩٩٣ — دار النهضة العربية بالقاهرة — ص ٣٧ .

(١) فى دراسة الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " طبيعتها ، القواعد التى تحكمها ، حالات رفعها ، ميعاد رفعها ، المحكمة المختصة بنظرها ، وآثارها القانونية " ، أنظر : أحمد أبو الوفا — التحكيم الإختيارى ، والإجبارى — ط٥ — ١٩٨٨ — بند ١٣١ ، ١٣٢ ص ٣١٦ ومابعدها ، محمود محمد هاشم — قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته فى قانون المرافعات — ط٢ — ١٩٩١ — دار الفكر العربى بالقاهرة — بند ١١١ ص ٢١٥ ومابعدها ، محمد نور عبد الهادى شحاته — الرقابة على أعمال المحكمين — ١٩٩٣ — دار النهضة العربية بالقاهرة — ص ٣٠١ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول — أصول التنفيذ — ط٣ — ١٩٩٤ — بند ١٢٩ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ — فى الهامش ، وجدى راغب فهمى — التنفيذ القضائى — ١٩٩٥ — دار الفكر العربى بالقاهرة — ص ١٣٢ ، عبد الحميد المنشاوى — التحكيم الدولى ، والداخلى — ص ١٠٣ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى — التحكيم — ص ٥٧ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى — التحكيم التجارى الدولى — بند ٢٥ ومايليه ص ٢٢٧ ومابعدها ، على سالم إبراهيم — ولاية القضاء على التحكيم — الرسالة المشار إليها — ص ٣٥٧ ومابعدها .

القضاء العام فى الدولة ، والتى لايمكن أن ترفع - **كقاعدة عامة** - الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلان بطلانها ، وإنما تخضع لطرق الطعن المقررة قانونا .

فلايجوز للمحكوم عليه فى الحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة أن يرفع دعوى قضائية أصلية مبتدأة بطلب بطلانه ، لأن مثل هذه الدعوى القضائية ليس محلها الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام فى الدولة . فلايجوز النعى على الحكم القضائى إلا بالطريق الذى رسمه القانون الوضعى لذلك . فإذا استنفدت طرق الطعن فى الحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة ، أو انقضت مواعيدها ، فإنه يصبح باتا ، لايجوز المساس به ، مهما شابهه من أخطاء ، أو عيوب .

ولايقتصر الأمر على حظر رفع دعوى قضائية أصلية مبتدأة بطلب بطلان الحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة ، وإنما لايجوز كذلك التمسك ببطلانه على أى وجه من الوجوه - **سواء كان ذلك فى صورة دعوى قضائية أصلية مبتدأة ، أم فى صورة دفع من الدفوع ، أم فى صورة طلب قضائى عارض** - فإذا رفعت مثل هذه الدعوى القضائية ، فإنه يجب على المحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبولها ، احتراما لما لأحكام القضاء من حجية قضائية [1] .

أما إذا تجرد الحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة من أركانه الأساسية ، بحيث كان مشوبا بعيب جوهرى جسيم ، يصيب كيانه

وفى بيان التطبيقات القضائية بخصوص الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة ، والمرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى - التحكيم - ١٩٩٥- ص ١٠٤ ومابعدها .

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٧/٥/١٦- مجموعة الخمسين عاما - المجلد الثالث - بند ١٤٩٣ص٣٥٧٦ .

ويفقده صفته كحكم قضائى ، ويحول دون اعتباره موجودا منـــذ صـــدوره ، فإنه يعتبر عندئذ منعدما ، ويجوز فى هذه الحالة رفع دعوى قضائية أصليـــة مبتدأة بطلب بطلانه [١] ، لأن هذه العيوب التى شابته تكـــون مـــن الجســـامة بحيث أنها تجعل ماورد فيه من تقرير قضائى غير جدير بالإحترام الواجـــب للتقريرات القضائية ، فيكون فى هذه الحالة غـــير صـــالح لأداء وظيفتـــه [٢] ويكون من المصلحة إهدار الحجية القضائية التـــى اكتســـبها منـــذ صـــدوره بالسماح للمحكوم عليه فيه برفع دعـــوى قضائيـــة أصليـــة مبتـــدأة بطلـــب بطلانه [٣] .

ومن أمثلة الأحكام القضائية المنعدمة ، والتى تجيز للمحكوم عليه رفع دعوى قضائية أصلية مبتدأة بطلب بطلانها :

الحكم القضائى الصادر من محكمة غير مشكلة تشكيلا قانونيا صحيحـــا – **كما إذا صدر الحكم القضائى من قاضيين بدلا من ثلاثة قضاة ، وفقا لمـــا هو مقررا قانونا** [٤] .

والحكم القضائى الصادر من شخص لم يكتسب ولاية القضاء بيـــن الأفـــراد والجماعات بعد ، لعدم صدور القرار الجمهورى بتعيينه قاضيـــا ، أو كـــانت

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٩/٢/١٤ – مجموعة الخمسين عاما – المجلد الثالث – بند ١٤٩٨ص٣٥٧٧ .

(٢) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ص٦٦٤ – الهامش رقم (٣) .

(٣) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند ٣٤٧ ص٦٦٤ .

(٤) أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند ١٣٧ص٣٢٣

ولاية القضاء قد زالت عنه لأى سبب من الأسباب - **كتقديم استقالته مثلا** [١] .

كما أن من الأحكام القضائية المنعدمة ، والتى تجيز للمحكوم عليه رفع دعوى قضائية أصلية مبتدأة بطلب بطلانها :

صدور الحكم القضائى فى مسألة تخرج عن ولاية القضاء العام فى الدولة - **كأعمال السيادة** .

أو صدور الحكم القضائى من محكمة استثنائية فى مسألة تخرج عن حدود ولايتها القضائية .

فإذا صدر الحكم القضائى من محكمة عادية فى مسألة تخرج عن ولاية القضاء العادى فى مصر ، وتدخل فى ولاية جهة قضائية أخرى ، أو كانت من اختصاص محكمة استثنائية ، فإن المسألة كانت محلا لخلاف .

حيث يرى جانب من فقه القانون الوضعى أن الحكم القضائى الصادر فى مثل هذا الفرض يكون صادرا من جهة قضائية لاولاية لها فى المسألة التى فصلت فيها ، وأصدرت حكما قضائيا بشأنها .

ومن ثم ، لاتكون له حجية قضائية أمام الجهة القضائية صاحبة الولاية فى الفصل فى المسألة التى صدر فيها [٢] .

بينما ذهب جانب آخر من فقه القانون الوضعى إلى أن الحكم القضائى فى مثل هذا الفرض يكون صادرا من جهة لها ولاية القضاء العام فى مصر .

ومن ثم ، فإنه يحوز الحجية القضائية أمام الجهة القضائية التى أصدرته

---

[١] أنظر : السيد عبد العال تمام - الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن - ص٢٠١ .

[٢] أنظر : حكم الهيئة العامة لمحكمة النقض المصرية - جلسة ١٩٦٢/٧/٢ - مجموعة أحكام النقض - س (١٤) - ص٤٦٢ .

وأمام الجهة القضائية الأخرى صاحبة الولاية العامة بالفصل فى المسألة التى صدر فيها [١] .

ومن أمثلة الأحكام القضائية المنعدمة ، والتى تجيز للمحكوم عليه رفع دعوى قضائية أصلية مبتدأة بطلب بطلانها :

صدور الحكم القضائى على شخص كان قد توفى قبل رفع الدعوى القضائية عليه .

أو إذا خالف الحكم القضائى الصادر مبدأ المواجهة بين الخصوم فى الإجراءات القضائية – **أيا كانت صورة هذه المخالفة** [٢] .

أو صدور الحكم القضائى خاليا من أى منطوق .

أو إذا تضمن الحكم القضائى منطوقا متعارضا ، بحيث يتعذر معرفة القرار الحقيقى للمحكمة .

أو إذا لم يكتب الحكم القضائى .

أو إذا لم يوقعه رئيس الدائرة التى أصدرته [٣] .

وقد كانت القاعدة المعتمدة فى النصوص القانونية الوضعية الملغاة من مجموعة المرافعات المصرية الحالية رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والتى كانت تنظم التحكيم فى مصر " المواد من (٥٠١) – (٥١٣) "** – هى جواز رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم ، للأسباب

---

(١) **أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند ٣٤٧ ص٦٦٦ .**

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٢/٣/٢ – مجموعة الخمسين عاما – المجلد الثالث – بند ١٥٠٢ – ص ٣٥٧٨ ، ١٩٨١/٤/٢١ – فى الطعن رقم (٧٧٢) – لسنة (٤٥) ق ، ١٩٨٠/١/٢٦ – فى الطعن رقم (١٢٨٦) – لسنة (٤٧) ق .

(٣) **أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند ٣٤٧ص ٦٦٧ ، السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص٢٠٢ .**

التى حددتها حصرا المادة (٥١٢) من قانون المرافعات المصرى – والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – والتى كانت تنص على أنه :

" يجوز طلب بطلان حكم المحكمين فى الأحوال الآتية :

(١) إذا كان قد صدر بغير وثيقة تحكيم أو بناء على وثيقة باطلة ، أو سقطت بتجاوز الميعاد ، أو إذا كان المحكم قد خرج عن حدود الوثيقة .

(٢) إذا خولفت الفقرة الثالثة ، أو الرابعة من المادة (٥٠١) ، أو الفقرة الأولى من المادة (٥٠٢) .

(٣) إذا صدر حكم من محكمين لم يعينوا طبقا للقانون ، أو صدر من بعضهم دون أن يكونوا مأذونين بالحكم فى غيبة الآخرين .

(٤) إذا وقع بطلان فى الحكم أو فى الإجراءات أثر فى الحكم " .

كما أجاز قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " المادة (٢/٥٢) " ، للأسباب التى حددتها المادة (٥٣) منه ، والتى تنص على أنه :

" لاتقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الإتفاق باطلا أو قابلا للإبطال أو سقط بانتهاء مدته .

(ب) إذا كان أحد طرفى اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذى يحكم أهليته .

(ج) إذا تعذر على أحد طرفى التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحا بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأى سبب آخر خارج عن إرادته .

(د) إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع .

(ه) إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين علـــى وجــه مخــالف للقانون أو لاتفاق الطرفين .

(و) إذا فصل حكم التحكيم فى مسائل لايشملها اتفــاق التحكيـــم أو جــاوز حدود هذا الإتفاق . ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمســائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له ، فلا يقــع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها .

(ز) إذا وقع بطلان فى حكم التحكيم ، أو كانت إجراءات التحكيـــم باطلــة بطلاناً أثر فى الحكم .

(١) وتقضى المحكمة التى تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفســها ببطــلان حكم التحكيم إذا تضمن مايخالف النظام العــام فــى جمهوريــة مصــر العربية " (١) .

وقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فــى المواد المدنية ، والتجارية قد أخضع الدعوى القضائيـــة الأصليــة المبتــدأة والمرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضــوع الإتفــاق على التحكيم لنظام يختلف فى العديد من المواضع عن النظام المعتمــد فــى نصوص التحكيم الملغاة بواسطته ، والتى كانت واردة ضمن نصوص قــانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لســنة ١٩٦٨ " المــواد (٥٠١ - ٥١٣) " ، ويبدوا هذا الإختلاف واضحا فى خصوص ميعاد ميعــاد رفعــها

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية فى معرض شرحها لهذه الحالات : " ولوحظ فى تعيينها المطابقة بينــها وبين حالات البطلان المنصوص عليها فى المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الإعــتراف بأحكام التحكيم الأجنبية ، وتنفيذها ، والمنضمة إليها مصر فى (٩) مارس سنة ١٩٥٩ ، تحقيقا لوحــدة التشريع " .

٥١٣) " ، ويبدوا هذا الإختلاف واضحا فى خصوص ميعاد ميعاد رفعها والمحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها .

فقد أوجبت المادة (٥٤) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية أن ترفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم خلال التسعين يوما التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للمحكوم عليه وعقدت الإختصاص بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها للمحكمة الإستئنافية والتى تختلف بحسب ماإذا كان التحكيم تجاريا دوليا ، أم غير ذلك .

فبالنسبة للتحكيم التجارى الدولى ، يكون الإختصاص بنظر الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة ، والمرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لمحكمة استئناف القاهرة ، مالم يتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** "على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر .

وفى غير التحكيم التجارى الدولى ، فإن الإختصاص بنظر الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة المرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ينعقد لمحكمة الدرجة الثانية ، والتى تتبعها المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع – **موضوع الإتفاق على التحكيم** ، لو لم يتم الإتفاق على التحكيم

وفى الآثار التى ترتبط بالدعوى القضائية الأصلية المبتدأة ، والمرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، يعتمد قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية قاعدتين أساسيتين ، وهما :

القاعدة الأولى :

لسريان ميعاد رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أثرا مانعا من حيازة حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للقوة التنفيذية :

فطبقا للمادة (٥٨ -١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية فإنه لايقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلانه قد انقضى .

والقاعدة الثانية :

بانقضاء ميعاد رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه يكون صالحا للتنفيذ :

فيقبل طلب تنفيذه ، ولايكون لرفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلانه فى ذاته أثرا واقفا لتنفيذه .

وقد نصت على ذلك المادة (٥٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، بتقريرها أنه :

" لايترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم " .

وبهذا ، يظل حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم محتفظا بقوته التنفيذية ، بالرغم من رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلانه .

واستثناء من ذلك ، فقد أجازت المادة (٥٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية

التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم أن تـــأمر بوقـــف تنفيذه ، إذا توافرت الشروط الآتية :

الشرط الأول :

أن يتقدم المدعى فى الدعوى القضائيـــة الأصليـــة المبتـــدأة والمرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضـــوع الإتفـــاق على التحكيم بطلب لوقف تنفيذه :

فلا يكون للمحكمة المرفوعة إليها الدعوى القضائية الأصليـــة المبتـــدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم أن تقضى بوقف تنفيذه من تلقاء نفسها ، دون طلب يقدم إليـــها بذلـــك مـــن المدعى .

الشرط الثانى :

أن يبدى طلب وقف تنفيذ حكم التحكيم الصادر فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى نفس صحيفة الدعوى القضائية الأصليـــة المبتدأة ، والمرفوعة بطلب بطلانه :

فلا يقوم طلب وقف تنفيذ حكم التحكيم الصادر فى الـــنزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم ، ويرتب أثره القانونى إلا إذا قدم بطريق التبعية لدعـــوى قضائية أصلية مبتدأة بطلب بطلانه ، تكون مرفوعة بالفعل أمـــام المحكمـــة المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها .

الشرط الثالث :

أن يبنى طلب وقف تنفيذ حكم التحكيم الصادر فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على أسباب جدية .

والشرط الرابع :

أن لايكون تنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمرفوعة الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلانه قد تم .

فإذا ماتوافرت الشروط المتقدمة ، فإن المحكمة المرفوعة إليها الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تحكم بقبول طلب وقف تنفيذه ، وتوقف تنفيذه . أما إذا تخلفت أحد الشروط المتقدمة ، فإن المحكمة تقضى بعدم قبول طلب وقف تنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمرفوعة الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلانه ، وبرفض الحكم بوقف تنفيذه [1] .

وقد عددت المادة (١٤٨٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية أوجه بطلان حكم التحكيم فى ست حالات ، وهى :

الحالة الأولى :

إذا فصل المحكم بغير اتفاق تحكيم ، أو بناء على اتفاق تحكيم باطل ، أو كان قد انقضى .

الحالة الثانية :

إذا صدر حكم التحكيم من محكمة تحكيم مشكلة تشكيلا غير صحيح من محكم فرد لم يعين بطريقة صحيحة .

---

(١) فى دراسة ذلك بالتفصيل ، وبيان قواعد نظر طلب وقف تنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمرفوعة الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلانه ، والحكم فيه ، أنظر : أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، والتشريعات المرتبطة بها – الكتاب الأول – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٣١ – ٢ ومايليه ص ٢٤٦ ومابعدها .

الحالة الثالثة :

إذا تجاوز المحكم حدود المهمة المعهود بها إليه من قبل الأطراف المحتكمين .

الحالة الرابعة :

إذا لم يحترم المحكم مبدأ المواجهة بين الخصوم فى إجراءات خصومة التحكيم .

الحالة الخامسة :

فى كل حالات البطلان المنصوص عليها فى المادة (١٤٨٠) من مجموعة المرافعات الفرنسية . وهذه الحالات هى :

(أ) :

إذا كان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم غير مسبب " المادة (٢/١٤٧١) من مجموعة المرافعات الفرنسية " .

(ب) :

إذا جاء حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم خاليا من أسماء المحكمين الذين أصدروه ، ومن تاريخ صدوره " المادة (١٤٧٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية " .

(ج) :

إذا صدر حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بغير توقيع جميع المحكمين عليه " المادة (١٤٧٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية " .

والحالة السابعة :

إذا خالف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق

على التحكيم قاعدة من قواعد النظام العام الفرنسى [١] .

السند السادس :

المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ قد أيدت الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم :

حيث نصت فى تعليقها على المادة (٥١٣) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** – على أنه :

" حكم المحكمين ليس حكما قضائيا " [٢] .

السند السابع :

لايمكن اعتبار عمل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عملا قضائيا ، لأنه لايماثل العمل القضائى

---

[١] أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage . preface de P . BELLET . Jurisdictionnaires . Joly . 1983 . P . 449 et s .

وانظر أيضا : محمد نور عبد الهادى شحاتة – الرقابة على أعمال المحكمين – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٣٠٥ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ١٤١ ومايليه ص ٢٥٨ ومابعدها .

[٢] فقد عبرت المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ من أن قرار التحكيم ليس حكما قضائيا . ويرى جانب من فقه القانون الوضعى أن ذلك يكون تأييدا من جانب المشرع الوضعى المصرى للطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم ، راجع فى ذلك : قسمت الجداوى – التحكيم فى مواجهة الإختصاص القضائى الدولى " تنازع الإختصاص ، وتنازع القوانين " – ط١ – ١٩٨٢ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٣٧ – الهامش رقم (٢٦) ، أحمد محمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – ص ٢٠٤ .

الصادر من القضاء العام فى الدولة - سواء من الناحية المادية ، أو من الناحية الشكلية :

فمن الناحية المادية :

ليست لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة الأمر التى يتمتع بها القاضى العام فى الدولة [1] ، فهى لاتستطيع أن تلزم شاهد بالحضور أمامها ، أو أن توقع غرامة عليه - **إن لم يحضر** - بل يجب عليها إذا أرادت ذلك أن ترجع إلى رئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع - **موضوع الإتفاق على التحكيم** - لو لم يتم الإتفاق على التحكيم ، وفى هذا تنص المادة (٣٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" يختص رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون بناء على طلب هيئة التحكيم بما يأتى :

(أ) الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها فى المادتين (٧٨) ، (٨٠) من قانون الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية .

(ب) الأمر بالإنابة القضائية " .

وهو نفس المعنى الذى كانت تنص عليه المادة (٥٠٦) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة**

---

[٢] أنظر : عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية ، والحجوز التحفظية - بند ٣٦ ومايليه ص ٥٧ ومابعدها ، وجدى راغب فهمى - النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات - الرسالة المشار إليها - ص ٣٨٢ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٤ - ١٩٨٣ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٨٧ ص ٢٠٠، ٢٠١ ، فتحى والى - مبادئ قانون القضاء المدنى - بند ٤٧١ ص ٧٢٦ .

قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " المواد من (٥٠١) - (٥١٣) " .

فهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتملك توقيع الجزاءات على الخصوم ، أو الشهود ، والتى يملكها القاضى العام فى الدولة .

كما لاتستطيع إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده ، يكون منتجا فى خصومة التحكيم [1] .

ومن الناحية الشكلية :

فإن قرار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايعتبر حكما قضائيا . ومرجع ذلك ، أن خصائص الحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة - **وهى صدوره من محكمة فى خصومة قضائية ، رفعت إلى المحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها بإجراءات الدعوى القضائية ، وإصدار القرارات القضائية بإجراءات الأحكام القضائية** - لاتتوافر لقرار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

فهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ليست محكمة ، إذ تشكل كلها ، أو يدخل فى تشكيلها عناصر غير قضائية ، وهؤلاء ليسوا قضاة وفقا للدستور المصرى الدائم ، وقانون السلطة القضائية فى مصر ، واللذان ينصان على أن المحاكم تشكل من القضاة فحسب .

كما أن النزاع - **موضوع الإتفاق** على التحكيم - لايتم رفعه أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه بإجراءات الدعوى القضائية العادية ، ولايتم الفصل فيه ، وإصدار قرارا فيه بإجراءات الأحكام القضائية [2] .

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى - النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات - الرسالة المشار إليها - ص ٣٨٢، ٣٨٣ .

وهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتلتزم باتباع الإجراءات التى تتطلبها الأنظمة القانونية الوضعية **- وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - والتى تكفل الضمانات الأساسية للمتقاضين فمن الممكن أن تتجاهل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هذه الإجراءات ، اللهم إلا قدرا ضئيلا منها ، ألزمتها الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - بها **" المواد (١٤٦٠) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، (٥٠٦) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - (٣٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " .**
فهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتلتزم بمراعاة إجراءات المرافعات المدنية ، والتجارية ، ولاحتى قواعد القانون الوضعى الموضوعى ، إذا ما أعفاهم الأطراف المحتكمون **" أطراف الإتفاق على التحكيم "** من التقيد بها [1] .

السند الثامن :

حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بذاته لايتمتع بقوة تنفيذية ، بل يلزم صدور الأمر بتنفيذه من القضاء العام فى الدولة " المواد (١٤٨٨) ، (١٤٨٩) ، (١٤٩٠) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، بالنسبة للتحكيم الداخلى ، المواد

---

[٢] أنظر : أمينة مصطفى النمر - قوانين المرافعات - الكتاب الثالث - ١٩٨٢ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٨٥ ص ١٥٢ .

[١] أنظر : أحمد محمد مليجي موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - الرسالة المشار إليها - ص ٢٠٤ ومابعدها .

(١٤٩٨) ، (١٤٩٩) ، (١٥٠٠) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، بالنسبة لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فى فرنسا (٥٦) ، (٥٧) ، (٥٨) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية " (١) :

فالأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - قد راعت أن نظام التحكيم بما يشكله من استثناء على ولاية القضاء العام فى الدولة قد يعهد به إلى أشخاص قد لايتسمون بالدراية ، والمعرفة القانونية فأحاطته بمجموعة من القواعد ، والقيود ، بحيث تتوقف سلامة القرارات التى يصدرونها على مراعاتها ، ولم تكتف الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - بذلك ، بل تدخلت أيضا للحد من الآثار التى ترتبها أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم .

وإذا كان نظام التحكيم من حيث الأصل هو مكنة إختيارية ، يترك لإرادة الأفراد ، والجماعات حرية ممارستها ، فإن هذه الإرادة لاتستطيع رغم ذلك أن تزود أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم بالقوة التنفيذية **force executotre** ، والتى تتيح التنفيذ الجبرى للإلتزامات الواردة بها . ويعود ذلك إلى المبدأ الذى تعتنقه الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها** ، واتجاهاتها - وهو عدم الإعتراف للإرادة الخاصة وحدها بمكنة تكوين السندات التنفيذية (٢) .

---

(١) أنظر : أحمد محمد مليجى موسى - الإشارة المتقدمة .

(٢) فى دراسة مبدأ عدم الإعتراف للإرادة الخاصة وحدها بمكنة تكوين السندات التنفيذية ، أنظر : أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ٣٢ ص ٦٩ ومابعدها .

فأحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم - مجردة وفى ذاتها - لاتحوز - كقاعدة عامة - القوة التنفيذية .

فكأن الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - قد قصرت إجازتها لممارسة القضاء الخاص - فى صورة نظام التحكيم - على مرحلة التقاضى ، دون مرحلة التنفيذ .

فإذا ماقدم حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مجردا إلى القضاء العام فى الدولة ، لوضع الصيغة التنفيذية عليه ، كان عليه أن يمتنع عن ذلك .

وإذا ماقدم إلى المحضر ، فإنه يمتنع عن إجراء التنفيذ بموجبه (١) .

---

(٣١) فى دراسة قواعد ، وأحكام الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " حقيقة المقصود منه ، مدى ولاية القاضى العام فى الدولة عند إصداره ، التظلم منه ، متى يصير حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قابلا للتنفيذ الجبرى ، وإشكالات تنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " ، أنظر :

ALAIN (J .) : Du controle juridique de l'execution des sentences arbitrales . These . Paris . 1947 ; PIRRE – LOUIS : L'execution des sentences arbitrales en France . These . Renne . 1963 ; EL – HARIM : L'execution des sentences arbitrales . Melanges WEILL . 1983 , 227 ; BERTIN : Le role du juge dans l'execution de la sentence arbitrale . Rev . Arb . 1983 . 281 ; FANET : L'execution des sentences arbitrales . Bull . Avoues . 1985 – 1 ; PEYER : Le juge de l'exequature Fantome ou realite ? . Rev . Arb . 1985 – 231 .

وانظر أيضا : أمينة مصطفى النمر – قوانين المرافعات – الكتاب الثالث – ١٩٨٢ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٨٥ ، ٨٦ ص ١٥١ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا – التحكيم فى القوانين العربية – بند ٤١ ص ٧٣ ، ٧٤ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٢٠ ومايليه ص ٢٩٢ ومابعدها ، محمود محمد هاشم – قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته – ط٢ – ١٩٩١ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ١١٢ ومايليه ص ٢١٨ ومابعدها ، محمد نور عبد الهادى شحاته – الرقابة على أعمال المحكمين – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهر – ص ٣٥٤ ومابعدها ، محمد محمود إبراهيم – أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى – ١٩٩٤ – دار الفكر العربى

السند التاسع :

لايلزم أن تتوافر فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الشروط الواجب توافرها فى القاضى العام فى الدولة :

فمن الممكن أن يكون عضو هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم جاهلا القراءة ، والكتابة . ونتيجة لذلك ، فإنه من قبيل المبالغة – **وحسب رأى أنصار النظرية التعاقدية لنظام التحكيم** – إعتباره قاضيا ، أو إضفاء الطبيعة القضائية على عمله [1] ، [2] .

بالقاهرة – ص ٨٧ ، ٨٨ ، أحمد محمد مليجى موسى – التنفيذ – ١٩٩٤ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ١٧٦ ومايليه ص ٢٠٨ ومابعدها ، عبد الحميد المنشاوى – التحكيم – ص ٧٩ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٢٢ ومايليه ص ٦٣ ومابعدها ، بند ٦٣ ومايليه ص ٣٠٦ ومابعدها ، بند ١٤٨ ومايليه ص ٢٧٤ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ومايليه ص ٢٢٤ ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٢٨٨ ومابعدها .

(٢) فى دراسة السند التنفيذى " أركانه ، الأعمال التى تعترف لها الأنظمة القانونية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها – بالقوة التنفيذية " ، أنظر : محمد محمود إبراهيم – أصول التنفيذ الجبرى – ص ٨٤ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ٣٠ ومايليه ص ٦٨ ومابعدها .

(١) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط١ – ١٩٨١ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٥٤ ، وما أشار إليه من الفقه الإيطالى الذى يتجه للأخذ بهذا ، أحمد محمد مليجى موسى – الإشارة المتقدمة .

(٢) فى دراسة الشروط الواجب توافرها فى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٢٠٣ ومايليه ص ٦٢٥ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – – ص ٧١ ومابعدها ،

السند العاشر :

الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم يحتمها إعتبار نظام التحكيم من أدوات المعاملات الدولية ، مما يقتضى أن يلبى مقتضيات هذه المعاملات ، وتزايد انتشارها كل يوم :

إذ لاشك فيه أن التجارة الدولية ، أو المعاملات الدولية لاتتفق فى طبيعتها مع طبيعة التشريعات القانونية الوضعية ، والقضاء فى الدول المختلفة الإتجاهات ، والمذاهب [١] .

أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ٢٣٢ ومابعدها .

(٢) أنظر :

JEAN ROBERT : Arbitrage civile et commercial . Droit interne . Droit international prive . Dalloz . 1967 . N . 410 . P . 493.

المبحث الرابع
مايترتب على الأخذ بالنظرية التعـاقدية لنظام التحكيم [1] .

يترتب على الأخذ بمنطق النظرية التعاقدية لنظام التحكيم نتيجة منطقيـة مؤداها ، أن نظام التحكيم فى ذاته يكون عقـدا مسـمى ، يخضـع للقواعـد الخاصة بعقد التحكيم - **سواء وردت فى نصوص قوانين المرافعات المدنيـة والتجارية فى مختلف الأنظمة القانونية الوضعية ، وعلى اختلاف مذاهبـها واتجاهاتها ، أم وردت فى نصوص قانونية وضعية خاصة ، كما هو الحـال فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فـى المواد المدنية .**

كما يخضع نظام التحكيم كذلك للنظرية العامة للعقد ، والتى تؤدى إلى سيادة قواعد العقد على نظام التحكيم ، فلايخضع قرار هيئة التحكيم المكلفة بـالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للقواعد المقررة للأحكام القضائيـة - **سواء من حيث اكتسابه للحجية القضائية ، أو من حيث إمكانية الطعن فيـه بالطرق المقررة قانونا للطعن فى الأحكام القضائية** - وتنطبق هذه القـاعدة ولو كانت الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتـها** - قد أطلقت على قرار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـنزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم لفظ : " حكم " ، لأن العـبرة هـى بحقيقـة القـرار ،

---

[1] فى بيان النتائج المترتبة على الأخذ بالنظرية التعاقدية لنظام التحكيم عند أنصارها ، أنظـر : أمينـة مصطفى النمر - قوانين المرافعات - الكتاب الثالث - ١٩٨٢ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بنـد ٨٥ ص ١٥٢ ، المؤلف - إتفاق التحكيم وقواعده - الرسالة المشار إليها - بنـد ٥٨ ص ١٨٤ ، ١٨٥

كما تنطبق ولو كانت الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - قد أجازت الطعن فى قرار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ببعض طرق الطعن المقررة قانونا لأحكام القضاء العام فى الدولة - **كالإستئناف ، والتماس إعادة النظر** - لأن جواز هذا يكون منوطا بنص قانونى وضعى خاص ، يقرر ذلك على سبيل الإستثناء [١] .

ونتيجة لذلك ، فإن الطعن فى قرار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يكون بالطريق الذى أجازته الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - ويقتصر على الحالات التى وردت فى النص القانونى الوضعى الخاص . ويمتنع الطعن فى القرار الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إذا لم تجز الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - هذا صراحة [٢] .

---

(١) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر : أمينة مصطفى النمر - الإشارة المتقدمة .

المبحث الخامس

تقييم النظرية التعاقدية لنظام التحكيم [١] .

يمكن انتقاد النظرية التعاقدية لنظام التحكيم من عدة وجوه ، وذلك على النحو التالى :

الإنتقاد الأول :

مبالغة النظرية التعاقدية لنظام التحكيم فى إعطاء الدور الأساسى لإرادة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " فى عملية التحكيم [٢] :

يعيب نظرية الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم أنها قد بالغت فى إعطاء الدور الأساسى لإرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى تكييف الطبيعة القانونية لعملية التحكيم ، حيث اعتبرت دور الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هو الدور الرئيسى فى عملية التحكيم ، بالرغم من أن مهمة التحكيم ليست هى الكشف عن إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وإنما الكشف عن إرادة القانون

---

(١) فى تقييم النظرية التعاقدية لنظام التحكيم ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٥٩ ص ١٨٦ ومابعدها ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها بند ٣٢ ص ٣٧ ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٩٠ ومابعدها .

(٢) أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣٢ ص ٣٧ ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٩٢ .

الوضعى ، وتطبيقها على النزاع - **موضوع الإتفاق على التحكيم** [1] .
فالواقع أن الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لايطلبون من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الكشف عن إرادتهم هم - **كما هو الحال بالنسبة للشخص الثالث ، والذى يحدد ثمن المبيع** [2] - وإنما الكشف عن إرادة القانون الوضعى فى الحالة المعنية .
فهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وهى تقوم بالفصل فى **النزاع - موضوع الإتفاق على التحكيم** - فإنها تطبق إرادة القانون الوضعى ، ولاتلقى بالا إلى ماقد تكون إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " قد اتجهت إليه [3]

فاستناد نظام التحكيم إلى الإتفاق ، ليس معناه أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تكون له طبيعة تعاقدية .

---

(1) أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط١ - ١٩٨١ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٥٤ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١/٧٧ ص ٢٠٨ .

(٢) فى دراسة النظام القانونى الذى يقوم بمر جبه شخص ثالث بمعاونة الأطراف على تحديد عنصرا ينقص تصرفا قانونيا أبرموه - كما هو الحال فى الإتفاق فى عقد البيع على تفويض شخصا ثالثا فى تحديد ثمن المبيع ، مثلما اصت عليه المادة (١٥٩٢) من التقنين المدنى الفرنسى على أنه :

" تحديد ثمن المبيع يمكن أن يترك لتحكيم Arbitrage الغير . وإذا لم يرغب الغير فى التحديد ، أو لم يستطع ، فلايكون هناك بيعا " ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاتة - الرقابة على أعمال المحكمين - ص ٣٠ ومابعدها ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٩٤ ص ٣٣٧ ومابعدها .

(3) أنظر : فتحى والى - الإشارة المتقدمة .

التحكيم " ، إلا أنها ليست وكيلا ، أو ممثلة لهم [١] . ولذلك ، فإنها تصدر حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وفقا لإرادتها المستقلة وليس وفقا لإرادات ، أو اتفاقات الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

ومن ثم ، فإنه يجب على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تفصل فىالنزاع – **موضوع الإتفاق على التحكيم** – كقاضي محايد ، ولايصح أن تنحاز إلى جانب أحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " [٢] .

فضلا عن أن نظام التحكيم وإن كان يستند إلى إتفاق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، إلا أن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة كذلك لايتم إلا بناء على عمل إرادى ، هو المطالبة القضائية ولايحكم إلا بناء على طلب الخصوم فى الدعوى القضائية ، وفى حدود طلباتهم .

كما يكون للخصوم في الدعوى القضائية الإتفاق على نزع الإختصاص القضائى من محكمة ، وتثبيته لمحكمة أخرى .

كما قد يتفقوا على رفع النزاع أمام محكمة دولة معينة ، دون محاكم دولة أخرى .

---

[١] فى تمييز نظام التحكيم عن نظام الوكالة ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٩٠ ومايليه ص ٣٣١ ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ١٤٥ ومابعدها .

[٢] أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ص ١٠٨ ، أسامة الشناوى – المحاكم الخاصة فى مصر – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٩٠ – ص ٤٥٥ .

كما يملك الأطراف فى العقد إختيار القانون الوضعى الذى يحكمماينشأ عنه من منازعات " **قانون الإرادة** " .

كما يملكون النزول عن الخصومة القضائية ، تركها ، ووقفها [1] .

وإذا كان نظام التحكيم يبتدأ فى مرحلته الأولى بعمل إرادى ، وهو شرط التحكيم ، أو مشارطته ، فإن هذا العمل لايعدو أن يكون مجرد فتيل لوضع هذا النظام موضع الحركة التى تهيمن عليها طبيعة نظام التحكيم ، ويتحرك بذاتيته الخاصة ، وشأن هذا العمل الإرادى فى اختيار الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لنظام التحكيم – **كوسيلة للفصل فى منازعاتهم** – شأن ذلك العمل الإرادى للخصوم فى **الإلتجاء إلى القضاء العام** فى الدولة .

وإذا كان العمل الإرادى الأول يتجه نحو قضاء العدالة الخاصة ، والثانى يتجه نحو القضاء العام فى الدولة ، أو العدالة العامة ، **فإن جوهر النظامين** يكون واحدا ، ألا وهو إقرار الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** – فى الحالتين للإرادة الذاتية ، او الفردية للمتقاضين أو الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

ذلك أن نظام التحكيم يرتكز على أساسين ، وهما :

الأساس الأول :

إرادة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم "

والأساس الثانى :

إقرار الأنظمة القانونية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها – لهذه الإرادة .

---

[1] أنظر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ١/٧٧ ص ٢١٨ .

فمقتضى نظام التحكيم أن ينزل الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، مع الإلتزام بطرح النزاع على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية لتفصل فيه بحكم تحكيم ، يكون ملزما لهم ، وللقضاء العام فى الدولة ، فهو بهذه المثابة يعد استثناء من الأصل العام ، والذى يقضى باختصاص المحاكم صاحبة الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات التى تنشأ بين الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، باعتبار أن إقامة العدالة بينهم ، بالفصل فى منازعاتهم ، هو من أخص واجبات الدولة ، والتى تملك وحدها حق فرض هذه العدالة ، دون أن يقبل من أحد فرض تدخلها ، أو الخروج على سلطانها .

غير أن الدولة نفسها تجيز للأفراد ، والجماعات الإلتجاء إلى نظام التحكيم للفصل فى منازعاتهم ، بقصد التيسير عليهم ، وتفادى مصاريف التقاضى وطول الإجراءات .

فالتحكيم الإتفاقى لايجوز الإلتجاء إليه إلا بالإتفاق بين أطراف النزاع - **موضوع الإتفاق على التحكيم** - وهو بهذا يختلف عن نظام التحكيم الإجبارى ، والذى توجب بعضا من الأنظمة القانونية الوضعية الإلتجاء إليه فى بعض الأحوال - **كنظام التحكيم الإجبارى الذى كان يفرضه قانون المؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ ، والقوانين الاحقة عليه ، وأوجب الإلتجاء إليه فى المنازعات التى تنشأ بين شركات القطاع العام ، أو بين إحدى هذه الشركات ، وبين جهة حكومية ، أو محلية ، أو هيئة ، أو مؤسسة عامة ، وذلك بطبيعة الحال قبل صدور قانون قطاع الأعمال المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١** [١] .

---

[١] فى بيان مفهوم التحكيم الإختيارى ، والتحكيم الإجبارى ، وأساس التفرقة بينهما ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٦٩ ومايليه ص ٢٥٥ ومابعدها .

فإرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لاتكفى وحدها لخلق نظام التحكيم ، بل يجب أن تقر الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها** ، واتجاهاتها - اتفاقهم ، بحيث يمكن القول أنه لولا إجازة الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - الإلتجاء إلى نظام التحكيم - **كوسيلة للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات** - ونصه على تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع اتفاقات على التحكيم - **شروطا كانت ، أم مشارطات** - ماكانت إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بكافية لخلقه [1] .

ودور إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ينتهى مع بداية خصومة التحكيم ، ولايكون لها من دور سوى المشاركة فى تسييرها - **كما هو الحال فى تسيير الخصومة القضائية القائمة أمام القضاء العام فى الدولة** [2] .

الإنتقاد الثانى :

عدم كفاية الإعتماد على المعيار الشكلى ، أو العضوى

---

[1] أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٥٩ ص ١٨٨ ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٩٠ .

[2] أنظر : على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٩٢ .

لتمييز العمل القضائى (١) ، (٢) :

يعيب النظرية التعاقدية لنظام التحكيم إعتمادها بشكل رئيسى على المعيار الشكلى ، أو العضوى لتمييز العمل القضائى ، حيث أن هذا المعيار لم ينجح كمعيار لتمييز العمل القضائى ، لتجاهله طبيعة العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم والدور الذى يلعبه فى حماية الحقوق ، والمراكز القانونية التى تفصل فيها

---

(١) فى دراسة تفصيلية لمعايير تمييز العمل القضائى ، أنظر :

HEBRAUD (P .) : L'acte juridictionnel et la classification de contentieux a propose de la condamnation penale. Recueil de l'academie de legislation de Toulouse . 1949 . P. 131 et s ; R. JAPIOT : Traite elementaire de procedure civile et commercial. Paris . 1935 . P. 132 et s .

وانظر أيضا : وجدى راغب فهمى – النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات – الرسالة المشار إليها . وبصفة خاصة : ص ٣١ ومابعدها ، القطب محمد طبلية – العمل القضائى فى القانون المقارن ، والجهات الإدارية ذات الإختصاص القضائى فى مصر – ط٣ – ١٩٨٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة ، هشام خالد – مفهوم العمل القضائى فى ضوء الفقه ، وأحكام القضاء – دراسات فى قانون المرافعات – ١٩٩٠ – مؤسسة شباب الجامعة بالأسكندرية ، محمود محمد هاشم – قانون القضاء المدنى – ط٢ – ١٩٩١ – ص ٢٣ ومابعدها ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ١٥ ومايليه ص ٣٩ ومابعدها ، محمد نور شحاته – الرقابة على أعمال المحكمين – ص ٢٠ ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٢٢ ومابعدها .

(٢) فى استعراض النظريات الشكلية لتمييز العمل القضائى ، أنظر : وجدى راغب فهمى – النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – سنة ١٩٦٧ – ومطبوعة سنة ١٩٧٤ – ص ١٩ ومابعدها ، محمد عبد الخالق عمر – قانون المرافعات – ١٩٧٩ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٦٢ ، ٦٣ ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ص ٣٠ ومابعدها ، محمود محمد هاشم – قانون القضاء المدنى – ص ٣٤ ومابعدها ، هشام خالد – مفهوم العمل القضائى – ص ١٧ ومابعدها .

فضلا عن أن كثيرا من الأعمال القضائية مـــاتصدر فـــى غـــير إجـــراءات الخصومة القضائية .

فالمعيار الذى أخذت به النظرية التعاقدية لنظام التحكيم فـــى تمييـــز العمـــل القضائى - وهو المعيار الشكلى المبنى على الإجراءات . وكـــذا ، **المعيـــار العضوى المبنى على الشخص ، أو العضو الذى يصدر الحكم القضائى** - لـــم ينجح فى تمييز العمل القضائى ، لاعتراف الأنظمـــة القانونيـــة الوضعيـــة - **وعلى اختلاف مذاهبها ،** واتجاهاتها - لبعض موظفيها العـــاديين بممارســـة الوظيفة القضائية فى بعض المنازعات - **مثل لجان تقديـــر الضرائـــب فـــى القانون الوضعى المصرى ، واللجان الإدارية ذات الإختصاص القضائـــى واللجان العديدة فى النظام السعودى ، والتى تمارس القضاء فـــى الغـــالب الأعظم من المنازعات خارج القضـــاء الســـعودى " مثـــل هيئـــات حســـم المنازعات التجارية ، ولجان الأوراق التجارية ، ولجان الغـــش التجـــارى ولجـــان التمويـــن القضائيـــة ، واللجـــان الماليـــة بـــوزارة الماليـــة ، وغيرها "** (١) ، (٢)

فيجب أن يكون المحك الرئيسى فى التعرف على طبيعة نظـــام التحكيـــم هو تغليب المعايير الموضوعية ، أو المادية ، أى تغليب المهمة التى يعهد بها

---

(١) أنظر : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بنـــد ١/٧٧ ص٢١٩ ، بند ٧٨ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ .

(٢) فى انتقاد النظريات الشكلية لتمييز العمل القضائى ، أنظر : وجدى راغب فـــهمى - النظريـــة العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات - ص ١٩ ومابعدها ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضـــائى الخاص - ص ٧٨ ومابعدها ، بدرخان عبد الحكيم إبراهيم - المعيار المميز للعمل القضائى - رســـالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ســـنة ١٩٨٤ - ص ١٢٨ ومابعدها ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - ص ٣٧ ومابعدهـــا ، فتحـــى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ص ١٩ ومابعدها .

إلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيــم والغرض من هذا النظام ، وليس مجرد الوقوف عنــد معــايير شــكلية ، أو عضوية ، منبتها الحقيقى إدعاء إحتكار الدولة لإقامة العدالــة بيــن الأفــراد والجماعات عن طريق أعوان ، يسمون بالقضاة **Juges** .

ففكرة المنازعة **Litige** ، وكيفية حلها هى التى يجب أن تحدد طبيعــة العمل الذى تقوم به هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفــاق على التحكيم ، باعتبارها قاضيا خاصا يختاره الأطراف المحتكمون " **أطـراف الإتفاق على التحكيم** " ، ليقول الحق ، أو حكم القانون الوضعــى بينــهم [١] بحيث تكون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفــاق علــى التحكيم بذلك قضاة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لأنها تقول القانون الوضعى ، وتفصــل فى حقوق ، والتزامات الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " وتصدر حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ضد أى واحــد من الأطراف المحتكمين " **أطــراف الإتفــاق علــى التحكيــم** " أو ضدهــم جميعا [٢] .

فهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وإن كانت تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، إلا أنها مــع ذلــك تملك سلطة القضاء بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** "

---

(١) أنظر :

P . L . LEGE : L'execution des sentences arbitrales en France . These . Rennes . 1963 . voire spescialement : P . 20 ets .

(٢) أنظر :

FOUCHARD PHILIPPE : L'arbitrage commercial international . Dalloz . 1963 . Paris . P. 5 . N . 12 .

وراجع الفقه الإيطالى المشار إليه فى : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المــواد المدنيــة ، والتجارية – بند ٨٩ ص ٢٢٥ .

التى يملكها القضاة ، بخصوص النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] .
والخلط الذى حدث لدى أنصار النظرية التعاقدية لنظام التحكيم يكمن أساسا في اعتقادهم أن إقامة العدالة بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة هى احتكارا للدولة وحدها . وبذلك ، فإنهم يخلطون بين القاعدة القانونية ، وكيفية تنفيذها .

ذلك أنه إذا كان صحيحا أن إقامة العدل بين الأفراد ، والجماعات - **باعتباره وسيلة ضرورية لهيمنة السلام بينهم** - هو وظيفة حيوية من وظائف الدولة الحديثة ، إلا أن هذا العمل لايعتبر على وجه الإطلاق إحتكارا لها ، إذ يستطيع الأفراد ، والجماعات - **وعن طريق الإتفاق فيما بينهم** - أن يختاروا هيئة تحكيم ، من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، لتقضى فيما نشب بينهم من نزاع ، أو لمواجهة منازعات مستقبلية لم تنشأ بعد ، فى صورة شرط تحكيم .

بل إن التحكيم - **وباعتباره قضاء خاصا** - كان هو الشكل البدائى لإقامة العدالة ، سبق فى الظهور تنظيم الدولة للسلطة القضائية - **كما نعرفها اليوم** [2] .

---

(١) أنظر :

SOLUS et PERROT : Droit judiciaire prive. T. 1. Paris. Sirey. 1961. P. 44.

وانظر أيضا : محمود محمد هاشم - استنفاد ولاية المحكمين - المقالة المشار إليها .

(٢) أنظر : على بدوى - أبحاث فى تاريخ الشرائع - مقالة منشورة بمجلة القانون ، والإقتصاد - تصدرها كلية الحقوق - جامعة القاهرة - السنة الأولى - يناير سنة ١٩٣١ - العدد الأول - بند ٣٢ ص ٧٤٤ ، صوفى أبو طالب - مبادئ تاريخ القانون - دار النهضة العربية - ١٩٦٧ - ص ٦٩ ، ٣٠٣ ، محمود السقا - فلسفة تاريخ النظم الإجتماعية ، والقانونية - دار الفكر العربى - ١٩٧٨ - ص ٧٢ ومابعدها ، ص ١٦٧ ومابعدها ، إبراهيم العنانى - العلاقات الدولية - جامعة عين شمس - القاهرة - ١٩٨٥ - ص ١٧٦ ومابعدها ، عبد القادر الطورة - قواعد التحكيم فى منازعات العمل

الإنتقاد الثالث :

عدم تطبيق بعض القواعد ، والأحكام المطبقة على القاضى العام فى الدولة على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايضفى الطابع التعاقدى على نظام التحكيم :

عدم تمتع أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالإجراءات الإستثنائية عند مساءلتهم مدنيا ، كالقاضى العام فى الدولة . مرجعه ، أن هذه الإجراءات الإستثنائية لاتتبع إلا بالنسبة لمن صدرت لهم ، وهم قضاة الدولة فحسب [1] ، وإن كان هناك من يقول بتطبيق قواعد المخاصمة على هيئات التحكيم [2] ، [3] .

الجماعية — رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون — مقدمة لكلية الحقوق — جامعة القاهرة — ١٩٨٨ — بند ٣٠ ص ٥٥ .

(١) أنظر : محمود محمد هاشم — النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية — بند ٧٨ ص ٢٢٨ .

(٢) أنظر :

SOLUS (H.) et PERROT (R) : (. Droit judiciaire prive . 1961 . Sirey . P. 70 et s , N. 839 et s.

(٣) فى دراسة تفصيلية لمخاصمة أعضاء الهيئات القضائية ، أنظر : على عوض حسن — رد ، ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية — ص ٢٢٢ ومابعدها ، فتحى والى — الوسيط فى قانون القضاء المدنى — ط٢ — ١٩٨٦ — بند ١٤٤ ومايليه ص ٢١٢ ومابعدها ، أحمد السيد صاوى — الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية — ١٩٨٧ — دار النهضة العربية بالقاهرة — بند ٦٣ ومايليه ص ١٢٠ ومابعدها ، محمود محمد هاشم — القانون القضائى المدنى — ط٢ — ١٩٩١ — المكتبة القانونية بالأسكندرية — ص ١٣٦ ومابعدها .

فالقول بأن أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفــاق على التحكيم لايخضعون لشروط تعيين القــاضى العــام فــى الدولــة [١] ، ولايحلف أعضاؤها اليمين ، قبل مباشرتهم لمهمـــة التحكيـم ، ولايتمتعـون بالإجراءات الإستثنائية عند مخاصمتهم ، ولايعتبر أنهم قد ارتكبـوا جريمـة إنكار العدالة ، إذا امتنعوا عن أداء مهمتهم التحكيمية ، ولاتسأل الحكومة عـن أعمالهم ، لايؤدى إلى إضفاء الطبيعة التعاقدية على نظام التحكيم ، لأن الثقـة فى تقدير أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضــوع الإتفــاق على التحكيم ، وحسن عدالتهم هى فى الأصل مبعث الإتفاق على التحكيم [٢] ومن ثم ، فلابد وأن يكون الأطراف المحتكمون " **أطـــراف الإتفــاق علـــى التحكيم** " قد راعوا فى اختيار قضاتهم مايرغبونه من شروط .

---

[١] فى دراسة شروط تعيين القاضى العام فى الدولة ، أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضــاء المدنى – ط٢ – ١٩٨٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ١٠٦ ومايليه ص ١٩٥ ومابعدها ، أحمـد السيد صاوى – الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ١٩٨٧ – دار النهضة العربيـة بالقاهرة – بند ٣٥ ومايليه ص ٧٥ ومابعدها ، محمود محمد هاشم – قانون القضاء المــدنى – ط٢ – ١٩٩١ – ص ١٢١ ومابعدها .

[٢] أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٤ – ١٩٨٣ – منشأة المعــارف بالأسكندرية – ص ٢٠٠ ، ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٨٧ ومايليه . وانظر كذلك ، المذكــرة الإيضاحيـة لقانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨، تعليقا على المادة (٥٠٢) من نصوص قـانون المرافعات المصرى ارقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – و الملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – والتى ورد بها أن الثقة فى تقديـــر المحكـــم ، وحسن عدالته هى فى الأصل مبعث الإتفاق على التحكيم .

فضلا عن أن حلف اليمين لايؤدى إلى تثبيت الصفة القضائية لمـــن يؤديـــها وعدم حلفها ينفى عنه هذه الصفة . إذ أن الشهود ، والخبراء يؤدون اليميـــن ولم يقل قائل بأنهم قضاة [١] .

ففى مجال التفرقة بين نظام التحكيم ، والقضاء العام فى الدولـــة ، فـــإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تتكـــون من أشخاص عاديين ، أو هيئات غير قضائية . ومن ثم ، فإنهم لايخضعـــون للقواعد التى تحكم مخاصمة القاضى العام فى الدولة . وهيئة التحكيم المكلفـــة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم التى تمتنع عن أداء مهمتـــها التحكيمية ، لاتعتبر مرتكبة لجريمة إنكار العدالة ، وهذا لايرجع إلى اختـــلاف نظام التحكيم عن نظام القضاء العام فى الدولة ، ولكن يرجع إلـــى أن هيئـــة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـــم ليســـت موظف عاما ، كالقاضى العام فى الدولة [٢] ، [٣] .

---

(١) أنظر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة – بنـــد ٧٨ ص ٢٢٨ .

(٢) أنظر : محمد عبد الخالق عمر – النظام القضائى المدنى – ط١ – ١٩٧٦ – منشـــأة المعـــارف بالأسكندرية – ص ١٠٨ ومابعدها .

(٣) حول تأثير إمتناع هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عـــن أداء مهمتها التحكيمية ، أنظر :

JEAN ROPERT : Arbitrage civile et commercial . Droit interne . Droit international prive . 5e ed . 1983 . Dalloz . N . 86 et s . P. 106 et s ; Repertoire De Droit commercial . compromis . clause compromissoire . T . 1. 1988 . N. 135 et s .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا – عقد التحكيم ، وإجراءاتـــه – ط١ – ١٩٦٤ – منشـــأة المعـــارف بالأسكندرية – بند ٨٩ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ ، التحكيم الإختيـــارى ، والإجبـــارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٨٩ ص ٢١٦ ومابعدها .

وإذا ماكان هناك اختلافا فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - بين نظام القضاء العام فى الدولة ، ونظام التحكيم فإنه يرجع فى مظاهره المختلفة إلى علة واحدة ، وهى أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وإن كانت تقوم بوظيفة القضاء بين الأفراد ، والجماعات ، التى حكموها فيما بينهم ، للفصل فى منازعاتهم ، إلا أنها لاتمثل الدولة . ومن ثم ، فإن أعضائها يجوز أن يكونوا من الأجانب . كما أنها لاتلتزم بما تلتزم به الدولة ، من إقامة القضاء على إقليمها . ومن ثم ، لايعد أعضاؤها منكرين للعدالة ، إذا لم يصدروا حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

وبالرغم من أن نظام التحكيم يعد ضربا من القضاء ، إلا أنه يختلف عن نظام القضاء العام فى الدولة . ذلك أن الإلتجاء إلى نظام التحكيم يقتضى وجود اتفاقا بين الاطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو نصا قانونيا وضعيا خاصا فى هذا الشأن .

بينما الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة يعد حقا يستعمله الخصوم تلقائيا دون حاجة للحصول على موافقة من خصم ، أو الإستناد إلى نص قانونى وضعى خاص فى هذا الشأن .

كما أن نظام التحكيم - **حتى ولو كان إجباريا** - فإنه يقوم على مبدأ سلطان الإرادة . بمعنى ، أنه يجب أن يكون لإرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " شأنا فيه ، ويظهر ذلك فى التحكيم الإجبارى فى مشاركة أطراف التحكيم فى اختيار بعض أعضاء هيئة التحكيم المعينين للفصل فى النزاع - **موضوع التحكيم الإجبارى - كما هو الحال فى تحكيم شركات القطاع العام فى مصر ، والسابق على صدور قانون قطاع الأعمال العام الجديد رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ .**

فنظام التحكيم يقتضى وجود عناصر ثلاثة :

العنصر الأول :

خصومة .

العنصر الثانى :

هيئة تحكيم مزودة بسلطة الفصل فيـــها بقـــرار تحكيمـــى يكون ملزما للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

والعنصر الثالث :

اتفاقا بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفـــاق علـــى التحكيم** " على اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم [1] .

ومن مظاهر اختلاف هيئة التحكيم عن القاضى العام فى الدولة ، مايلى :

المظهر الأول :

القاضى العام فى الدولة يكون موظفا عامـــا ، يفصـــل فـــى النزاع المعروض عليه ، مقيدا فى ذلك بقواعد القانون الوضعى .

أما هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيم فإنها تتمتع بسلطات أوسع من سلطات القاضى العام فى الدولة ، لأنها لاتتقيد بأحكام القانون الوضعى ، إذا ماتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفـــاق على التحكيم** " على ذلك .

المظهر الثانى :

القاضى العام فى الدولة يحلف اليمين قبـــل القيـــام بأعبـــاء وظيفته . وكذلك ، الخبير .

أما هيئة التحكيم ، فلاتحلف اليمين قبـــل مباشـــرتها لمهمـــة التحكيـــم ، لأن اختيارها يتوقف على إرادة الأطراف المحتكمين " **أطـــراف الإتفـــاق علـــى**

(١) أنظر : محسن شفيق – التحكيم التجارى الدولى – بند ١١ ، ١٢ ص ٦ ، ٧ .

التحكيم " ، أو بمقتضى التنظيم الداخلى لمركز التحكيم المحال عليه فى الإتفاق على التحكيم ، للفصل فى النزاع – **موضوع الإتفاق على التحكيم** .

المظهر الثالث :

قرارات القاضى العام فى الدولة هى قرارات رسمية ، لها صفة الإلزام القانونى ، ويجوز تنفيذها بالطرق الجبرية .

بينما لاتتمتع قرارات هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بهذا الطابع الإلزامى **La force executoire** ، إلا بعد إصدار الأمر بتنفيذها من القضاء العام فى الدولة .

وإن كان ذلك ، إلا أن قرارات هيئات التحكيم تحوز الحجية القضائية ، عند وحدة الخصوم ، والموضوع ، والسبب " **المادة (١٠١) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨** " ، فلايجوز عرض النزاع من جديد أمام أى جهة قضائية أخرى . وبمعنى آخر ، فإنه لايجوز بعد صدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن ترفع الدعوى القضائية من جديد ، ضد نفس الخصوم ، وعن ذات الموضوع ، والسبب أمام القضاء العام فى الدولة [١] ، [٢] .

---

(١) أنظر :

BOUIBER (R) : **Les sentences arbitrales . autourite de la chose jugee ordonnance d' exequature . J . C . P . 1961 . 1 . 1660 ; PERROT (ROGER) : Institutions judiciaire . 1ed . Paris . 1986 . Edition Montchrestien . N . 220 et s.**

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١١٦ ص ٢٧٦ ومابعدها .

(٢) فى دراسة القيود الواردة على سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى البحث عن أدلة الإثبات ، لحرمانها من سلطة الجبر ، والتى يتمتع بها القاضى العام فى الدولة عند مباشرة الوظيفة القضائية ، أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣٨٩ ومايليه ص ٣٨١ ومابعدها .

الإنتقاد الرابع :

فقدان هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لسلطة الجبر التى يتمتع بها القاضى العام فى الدولة لايضفى الطابع التعاقدى على عملية التحكيم :

القول بأن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتملك سلطة الأمر ، أو الجبر التى يتمتع بها القاضى العام فى الدولة **- حيث أنها لاتملك الحكم على الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " بجزاءات معينة ، وإنما عليها الإستعانة - فى سبيل تحقيق ذلك - بأمر من المحكمة المختصة أصلا بتحقيق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والفصل فيه ، كما لاتملك أن تلزم شاهدا بالحضور أمامها ، أو أن تلزم الغير بتقديم مستند تحت يده ، يكون منتجا فى الدعوى التحكيمية ، إلا بأمر من المحكمة المختصة أصلا بتحقيق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والفصل فيه** - فإن ذلك لايؤدى إلى إضفاء الطابع التعاقدى على نظام التحكيم .

ذلك أنه وإن كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تفتقد سلطة الأمر ، أو الجبر التى يملكها القاضى العام فى الدولة ، فذلك لأنها تقوم بوظيفة القضاء الخاص بين الأفراد ، ، والجماعات فهى تكون قاضيا خاصا بالأطراف المحتكمين **" أطراف الإتفاق على التحكيم "** والذين اتفقوا على تحكيمها ، للفصل فى منازعاتهم ، ولم يقل قائل أن أعضائها هم من قضاة الدولة [1] ، وإنما قد اختيروا من قبل الأطراف

---

[1] أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٢ - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٤ ص ٥٦ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٣ ص ١٩ ، عبد القادر الطورة - قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية ٠ ص ٤٧ . حيث يصف سيادته نظام التحكيم بأنه قضاء ناقصا ، لأن المحكم لايملك إلا سلطة الحكم ، أى الفصل فى النزاع

المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ليكونوا قاضيا خاصا بهم يصدرون حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وتعترف الدولة به .

إذ أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وإن كان يستمد فى الأصل من الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - إلا أن الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - **هى التى تعترف به** ، محددة مايجب على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مراعاته عند إصداره .

فالدولة تنظم قضاء التحكيم ، بجانب القضاء العام فى الدولة ، وما نظام التحكيم إلا نوعا من القضاء الخاص ، شأنه فى ذلك شأن القضاء الأجنبى والذى تعترف الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - بأحكامه [1] .

، ويستعين بالقضاء العام فى الدولة ، بالنسبة لسلطة الأمر ، ويعتبر القضاء العام فى الدولة قضاء كاملا ، لأنه يملك سلطة الحكم ، والأمر معا . وانظر كذلك : **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٧٨ ص ٢٢٥ ، استنفاد ولاية المحكمين - المقالة المشار إليها - ص ٧٤ - الهامش رقم (٦٤) .

[1] أنظر : **فتحى والى** - الإشارة المتقدمة ، أبو زيد رضوان - الأسس العامة للتحكيم التجارى الدولى - ص ص ٢٧ - ٣٠ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٧٨ ص ٢٢٦ . حيث أشار سيادته إلى اعتراف بعض الأنظمة القانونية الوضعية لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بسلطة الأمر بإحضار الخصم ، أو الإلزام بتقديم مستند ، وبإخراج المخل بنظام الجلسة ، حيث أشار إلى نص اللائحة السعودية للتحكيم ، والتى تنص على أنه : " يجوز لهيئة التحكيم أن تطلب حضور المحتكم شخصيا " المادة (١٧) ، وأن لرئيس هيئة التحكيم أن يأمر بإخراج من يخل بنظام الجلسة من القاعة " المادة (٢٣) ، ولها إلزام الخصم بتقديم أى محرر منتجا فى الدعوى ، يكون تحت يده فى حالات محددة " المادة (٢٨) ، ولها أن تأمر بوسائل التحقيق المنتجة فى الدعوى ، أنظر : بند ٧٨ ص ٢٢٦ - الهامش رقم (١) .

والإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يثبت سلطة القضاء الخاص فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والتى اختيرت من قبل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " [١] .

الإنتقاد الخامس :

عدم قابلية حكم التحكيم للتنفيذ الجبرى إلا بصدور أمر من القضاء العام فى الدولة ، لايؤدى إلى إضفاء الطابع التعاقدى على نظام التحكيم :

عدم قابلية حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للتنفيذ الجبرى ، إلا بأمر يصدر من القضاء العام فى الدولة ، لايؤدى إلى إضفاء الطابع التعاقدى على نظام التحكيم ، ونفى طبيعته القضائية ، إذ أن ذلك هو شأن أحكام القضاء الأجنبية ، فهى بدورها لاتنفذ فى دولة أخرى ، إلا بأمر يصدر من القضاء العام فى هذه الدولة ، ولم يقل قائل بأن الأحكام القضائية الأجنبية ليست بقضاء [٢] ، [٣] ، [٤] ، [٥] .

---

(١) أنظر :

FOUCHARD PHILIPPE : L'arbitrage commercial international . P. 7 et s .

وانظر أيضا : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٧١ ص ٢٠٩

(٢) أنظر : فتحي والى - مبادئ قانون القضاء المدنى - بند ٢٤ ص ٤٦ .

(٣) أنظر : محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ١٠٧ ومايليه ، أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٥٦ ومايليه ص ١١٣ ومابعدها .

(٤) حول الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية ، وتنفيذها ، أنظر :

ذلك أن أحكام التحكيم فى ذاتها لاتحوز أى قوة تنفيذية ، وإنما يلـــزم لذلــك صدور الأمر بتنفيذها من السلطة التى تملك ولاية القضاء العام فـــى الدولـــة ولايقصد بإجراء الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر فـــى الـــنزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم أن يتحقق القاضى العام فى الدولـــة مـــن عدالـــة حكـــم التحكيم ، فلا ينظر فى سلامة ، أو صحة قضائه فى موضوع النزاع ، لأنـــه لايعد هيئة استئنافية . ولايعد صدور الأمر بتنفيذ حكم التحكيم فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى ذاته دليلا على سلامة هذا القضاء .

كما لايقصد بإجراء الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر فى الـــنزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم منحه صفة الورقة الرسمية ، لأن هذه الصفة يتميز بـــها حكم التحكيم حال صدوره ، حتى يتسم باسم الشعب ، لأنه يعد صـــادرا مـــن وقت كتابته ، والتوقيع عليه [1] ، وإنما حقيقة المقصود من الإجـــراء ، هـــو الإطلاع على حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم

ANGHELOS C. FOUSTAUCOS : Le reconnaissance et l'execution des sentences arbitrales etrangeres apres la recente reforme du droit de l'arbitrage. Rev. Arb. 1974. P. 265.

(*) فى بيان قواعد ، وأحكام إتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ ، بشأن الإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيـــم الأجنبية ، أنظر :

JEAN ROBERT : La convention de New York du 10 Juin 1958 pour la reconnaissance et l'execution des sentences arbitrales etrangeres. D. 1958. chr. Rev. Arb. P. 74 et ss.

وانظر أيضا : إبراهيم أحمد إبراهيم – تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية – مقالة منشورة فى مجلة الجمعيـــة المصرية للقانون الدولى – ١٩٨٠ – المجلد السابع والثلاثـــون – ص ٣٥ ، ٦٣ ، ســـامية راشـــد – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – ص ص ٥٠١ – ٥١٦ .

(١) فى بيان متى يعتبر حكم التحكيم قد صدر ، وآثاره ، أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيـــارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١١٦ ص ٢٧٦ ومابعدها ، عاطف محمد راشـــد الفقـــى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ٥٦٤ .

ومشارطة التحكيم ، أو شرطه ، والتحقق من عدم وجود مايحول دون تنفيذه وبمعنى آخر ، التحقق من أن هناك مشارطة ، أو شرطا للتحكيم ، بصدد نزاع معين ، وأن هذا النزاع الذى طرح بالفعل على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وفصلت فيه فى مواجهة من اتفق على التحكيم ، وأن هذا النزاع لايتصل بالجنسية ، أو الأحوال الشخصية ، أو المسائل التى لايجوز فيها الصلح ، وأن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لم تخرج عن حدود مشارطة التحكيم ، أو شرطه ، ولم تتجاوز الميعاد المقرر فى القانون الوضعى ، أو اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لإصدار حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وأن هيئة التحكيم التى فصلت بالفعل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هى التى اختارها الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو أن بعض أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد فصلوا فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وليس هناك مايحول دون أن يكونوا مأذونين بالحكم فى غيبة الآخرين ، وأن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يتمتع بالشكل المقرر قانونا بالنسبة لأحكام القضاء العام فى الدولة ، ولم يبن على إجراء باطل .

فقد شاءت الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - أن يراقب عمل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لأنه لايستمد قوته إلا من اتفاق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على اختيار نظام التحكيم للفصل فى منازعاتهم ، مع اعتراف الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - لهم بذلك . فأوجبت قبل تنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وقبل وضع الصيغة

التنفيذية عليه من جانب قلم كتاب المحكمة المختصة بذلك ، أن يخضع لرقابة ، وإشراف القاضى العام فى الدولة - **كإجراء تمهيدى أولى يسبق وضع الصيغة التنفيذية** - لمجرد التحقق من أنه قد صدر بالفعل تنفيذا لمشارطة تحكيم ، أو شرطه ، وأن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد راعت الشكل الذى يتطلبه منها القانون الوضعى فى هذا الشأن ، سواء عند الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو عند كتابة حكم التحكيم الصادر فيه [١] ، [٢]

---

(١) أنظر : محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ١٠٧ ، أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٥٦ ص ١١٢ .

(٢) فى دراسة طبيعة رقابة ، وإشراف القاضى العام فى الدولة ، عند إصداره للأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر :

ALAIN (J .) : DU controle Juridique de l'execution des sentences arbitrales . Paris . These . 1947 ; PIRRE - LOUIS : L'execution des sentences arbitrales en France . Renne . These . 1963 .

وانظر أيضا : صلاح الدين بيومى - أحكام المحكمين أمام قاضى التنفيذ - ١٩٧٤ - مطبعة حسان بالقاهرة - بند ٣٧١ ومابعدها ص ١٦١ ومابعدها ، محمود محمد هاشم ، عبد الباسط جميعى - المبادئ العامة فى التنفيذ طبقا لقانون المرافعات الجديد - ١٩٧٨ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ١١٥ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى - مقالة منشورة فى مجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - بند ١٦ ص ٣٣ ومابعدها ، التعليق على نصوص قانون المرافعات - ط٨ - ص ١٥٣ ومابعدها ، إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية ، والتجارية - ط٨ - ١٩٨٢ - بند ٥٥ ومايليه ص ١١٣ ومابعدها ، التحكيم فى القوانين العربية - بند ٤١ ص ٧٣ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط ٥- ١٩٨٨ - بند ١٢٠ ، ١٢١ ص ٢٩٢ ومابعدها ، أمينة مصطفى النمر - قوانين المرافعات - الكتاب الثالث - ط٢ - ١٩٨٢ - بند ٨٦ ص ١٥٥ ، فتحى والى - التنفيذ الجبرى - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - - بند ٤٨ ص ١٩٧ ، ١٩٨ ، محمود محمد هاشم - قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته - ط٢ - ١٩٩١ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ١١٢ ص ٢١٨ ، ٢١٩ ، محمد نور عبد الهادى شحاته - الرقابة على أعمال المحكمين - ص ٣٦٦ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٣ - ١٩٩٤ - بند ١٢٦ ص ٢٢٨ ، ٢٢٩ ،

الإنتقاد السادس :

جواز رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايؤدى إلى إضفاء الطابع التعاقدى على نظام التحكيم :

لايكون مبررا لإضفاء الطابع التعاقدى على نظام التحكيم ، أو الإنتقاص من طبيعته القضائية ، جواز رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لأن بعض أحكام القضاء العام فى الدولة من الممكن أن ترفع ضدها الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلانها ، دون أن يعنى ذلك أنها لم تعد أحكاما قضائية بالمعنى الفنى الصحيح [1] .

فنظام التحكيم يستند إلى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** وحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وإن كان يحوز الحجية القضائية ، فإنه مع ذلك يمكن أن ترفع ضده الدعوى القضائية الأصلية المبتدأ بطلب بطلانه - **كما هو الحال بالنسبة للعقود** - وفى هذا

ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٢٦ ص ٢٢٩ ، وجدى راغب فهمى - التنفيذ القضائى - ١٩٩٥ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ١٣٣ ، عبد الحميد المنشاوى - التحكيم - ١٩٩٥ - ص ٧٩ ، ١٠٢ ، ١٠٣ ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ١٥٨ ص ٢٩٥ ، بند ١٦٤ ص ٣٠٩ ، عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ٦٩٧ ومابعدها ، أحمد خليل - قانون التنفيذ الجبرى - ١٩٩٧ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية - بند ١٧٦ ص ٢٠٨ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٣٠٢ ومابعدها .

[1] أنظر : محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ١٠٨ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٣١ ص ٣١٧ ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤٤٥ .

المبحث الأول
مضمون النظرية
القضائية لنظام التحكيم .

يرى أنصار النظرية القضائية لنظام التحكيم أن التحكيم قضاء ، وأن مايصدر عن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـــم يعتبر حكما بالمعنى الفنى الدقيق ، أى أن حكم هيئة التحكيـــم يعتـــبر عمـــلا قضائيا [1] ، وأن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع الإتفـــاق

---

(١) فى الفقه الفرنسى المؤيد لنظرية الطبيعة القضائية لنظام التحكيم ، أنظر :

E . BERTIN : Principes de droit international. Paris . 1930 . N . 217 . P. 601 et s ; **J . P . NIBOYET** : Traite de droit international prive . Sirey . 1950 . T. VI . N. 1985 . P . 136 ; **GLASSON , TISSIER et MOREL** : op . cit . , N . 1821 . P . 353 et s ; **J. MOUTON** : Nature juridique de la sentence arbitrale en droit prive . These . Paris . 1938 . P . 45 ; **P . L . LEGE** : L'execution des sentences arbitrales en France . These . Renne . 1963 . N . 24 . P 170 ; **RUBELLIN – DEVICHI (JACQUELINE)** : L'arbitrage , nature juridique en droit interne et droit international prive . L. G . D . J . Paris . 1965 . P . 15 ; **MOTULSKY (H .)** : Etudes et notes sur l'arbitrage . Dalloz . 1974 . T. II . P. 21 . 58 ; **JACQUES BEGUIM** : Les procedures speciales aux affaires libraires techniques . Paris . 1975 . P . 50 ; **VINCENT et GUINCHARD** : Procedure civile . 2e ed . 1981 . N. 137 et s ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op . cit . , Edition . 1983 . P . 28 , 280 . Edition . 1990 . P . 6 , 25 , 26 , N. 21 et s ; **J . ROBERT et B . MOREAU** : Droit . Droit international prive . ed . Dalloz. 1983 . N . 201 ; **CHARLES JARROSSON** : La notion d'arbitrage . N . 174 et s . P . 101et s .

كما يؤيد نظرية الطبيعة القضائية لنظام التحكيم جانب من فقه القانون الوضعي الإيطالي المشار إليه في :
محمود محمد هاشم — استنفاد ولاية المحكمين — المقالة المشار إليها — ص ٦٤ — في الهامش — بند (٣)
، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية — بند ٧١ ص ٢٠٥ — الهامش رقم (١) .
كما يؤيد النظرية القضائية لنظام التحكيم الرأي الغالب في فقه القانون الوضعي المصري ، أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهوري — الوسيط — الجزء الثاني — بند ٣٤١ ص ٦٥٠ ، عبد المنعم الشرقاوي — المرافعات المدنية ، والتجارية — ١٩٥٠ — بند ٤٦٤ ص ٦٣٣ ، شرح قانون المرافعات الجديد ، مع عبد الباسط جميعي — ط ١٩٧٥ /١٩٧٦ — ص ٧٦ ، رمزي سيف — قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية ، والحجوز التحفظية — بند ٤٦ ص ٦٦ ، بند ٩٥ ص ٩٨ ، محمد كامل ليلة — الرقابة القضائية — ص ٥٨٤ ، أحمد أبو الوفا — نظرية الأحكام في قانون المرافعات — ط١ —١٩٦٥ — منشأة المعارف بالأسكندرية — بند ١٣ ص ٣٧ ومابعدها ، ط٤ — ١٩٨٠ — بند ١٣ ص ٣٧ ، التحكيم الإختياري ، والإجباري — ط٤ — ١٩٨٣ — منشأة المعارف بالأسكندرية — ص ١٨ ، ١٩ ، ط٥ — ١٩٨٨ — بند ٧٧ ص ١٦٩ ، ص ٢٠٥ ، شمس مرغني علي — التحكيم في منازعات المشروع العام — رسالة مقدمة لكلية الحقوق — جامعة عين شمس — لنيل درجة الدكتوراه في القانون — سنة ١٩٦٨— ومطبوعة سنة ١٩٧٣ — عالم الكتب بالقاهرة ، عادل محمد خير — مقدمة في قانون التحكيم المصري — بند ٦ ص ٣٦ ، ص ٤٥٠ ، محمد عبد الخالق عمر — النظام القضائي المدني — ط١ — ١٩٧٦ — دار النهضة العربية بالقاهرة — ص ١٠٨ ، أبو زيد رضوان — الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي — ط١ — ١٩٨١ — دار الفكر العربي بالقاهرة — ص ٢٥ ، ٢٨ ، ص ٣٢ ومابعدها . حيث يرى سيادته قصر الصفة القضائية على التحكيم التجاري الدولي ، أحمد قسمت الجداوي — التحكيم في مواجهة الإختصاص القضائي الدولي — ١٩٨٢ — دار النهضة العربية بالقاهرة — ص ٣٧ ، الهامش رقم (٢٦) ، عمر القاضي — التحكيم الدولي — دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية ، والقانون الوضعي الفرنسي ، والمصري " باللغة الفرنسية " — رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون — مقدمة لكلية الحقوق — جامعة باريس — ١٩٨٥ — ص ١٧ ومابعدها ، محمود محمد هاشم — إستنفاد ولاية المحكمين — المقالة المشار إليها — بند ٨ ومايليه ص ٦١ ومابعدها ، إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء في الفقه الإسلامي ، والأنظمة الوضعية — دراسة مقارنة — ص ١٤٢ ، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية — بند ٧٣/ب ص ٢١٥ ، بند ٧٨ ص ٢٢١ ، عبد الحميد الأحدب — التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي ، والقوانين الأوربية ، مقالة منشورة بمحاضرات مجمع تحكيم الشرق الأوسط ، والبحر المتوسط بالقاهرة — في الفترة من ٧ — ١٢ يناير سنة ١٩٨٩ ، أسامة الشناوي — المحاكم الخاصة في مصر — رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون

الإنتقاد السابع :

عدم الإختلاف فى الهدف بين نظام التحكيم ، ونظام القضاء العام فى الدولة :

لايكون دليلا على إضفاء الطابع التعاقدى على نظام التحكيم ، أو إنكار طابعه القضائى ، القول بأن نظام التحكيم يرمى إلى حماية مصالح خاصة فهو فى هذا شأنه شأن القضاء العام فى الدولة .

فضلا عن أن هذا الهدف هو فى الواقع هدف الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أما حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه يرمى - **كالحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة** - إلى تطبيق القانون الوضعى على النزاع المعروض على القضاء العام فى الدولة ، للفصل فيه [1] .

كما أنه لايحول دون ماتقدم رغبة الأطراف ذوو الشأن فى الإمتثال لحكم القانون الوضعى ، فهذا الإمتثال يكون مفترضا فى جميع الأحوال ، وقد يظهر بين الأطراف المتنازعة بالنسبة للقضاء العام فى الدولة ، كما هو الحال فى اتفاق طرفين على تحديد محكمة مختصة بتحقيق دعواهم القضائية والفصل فيها ، وهو مايعنى رغبتهم فى الإمتثال لقضاء هذه المحكمة [2] .

الإنتقاد الثامن :

الأخذ بما ورد فى المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، خاصا بالمادة (٥١٣) - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٢٧ فى

---

(١) أنظر : أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤٥٦ .

(٢) أنظر : أسامة الشناوى - الإشارة المتقدمة .

شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ليس ملزما :

ليس مما يؤيد الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم ، ماورد فى المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ خاصا بالمادة (٥١٣) – **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٢٧ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** – من أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ليس حكما قضائيا .

إذ أن الأخذ بالمذكرات الإيضاحية ليس ملزما ، فهى لاترقى لأن تكون نصوصا يتعين طاعتها ، وإنما للقاضى العام فى الدولة أن يركن إليها ، وهو بصدد تفسير نصا من نصوص القانون الوضعى ، متى كانت فى حاجة إلى تفسير .

وبغض النظر عن القيمة القانونية للمذكرة الإيضاحية ، فإن هذه الإشارة التى وردت فى المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ خاصا بالمادة (٥١٣) – **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٢٧ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** – من أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ليس حكما قضائيا ، تظل مقصورة على الطبيعة القانونية لنظام التحكيم فى القانون الوضعى المصرى وحده ، ولاتعبر – **بأى حال من الأحوال** – عن وجهة نظر قاطعة بالنسبة لنظام التحكيم فى الأنظمة القانونية الوضعية الأخرى [1] .

---

[1] أنظر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٧٨ ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ .

إعفاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من التقيد بقواعد القانون الوضعى فى بعض الأحيان لايضفى الطابع التعاقدى على عملية التحكيم :

إذا كان الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " يملكون إعفاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من التقيد بقواعد القانون الوضعى ، فإنهم يملكون الحق نفسه فى القانون الوضعى الفرنسى بالنسبة للقاضى العام فى الدولة الفرنسية ، فيعفون الأخير من التقيد بقواعد القانون الوضعى الفرنسى ، ويكون حكمه القضائى الصادر منه عندئذ غير قابل للطعن عليه بالإستئناف ، إلا إذا اتفقوا على خلاف ذلك " المادة (٥/١٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية" ، والتى تنص على أنه

" **يجوز للأفراد بعد نشأة النزاع فى حق من الحقوق التى يكون لهم فيها حرية التصرف إعفاء القاضى من الحكم وفقا للقانون** " [1] .

وجدير بالذكر ، أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تتقيد – **كأصل عام** – بقواعد القانون الموضوعى والإجرائى ، والمتعلقة بالنظام العام فى القانون الوضعى ، ولو أعفاهم الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من التقيد بها " **المواد (١٤٧٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (٥٠٦) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة**

---

(١) فى دراسة أحكام المادة (٥/١٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، أنظر :

PIERRE HEBRAUD : Observation sur l'arbitrage Judiciaire . art . 12 - 5 . Nouveau Code de procedure civile . in Melanges dedies a GABRED MARTY . p. 645 et s ; BOISSESON (MATTHIEUDE) et JUGLART (MICHEL DE) : Le Droit Francais de l'arbitrage . 1983 . Juridictionnaires . Joly . P. 190 et s .

وانظر أيضا : عزمى عبد الفتاح – أساس الإدعاء أمام القضاء المدنى – ١٩٩١ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٢٧٩ ومابعدها .

قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - (٢٥) **من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية** " [١] . وقد برر فقه القانون الوضعى المقارن ذلك ، بأن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، مع تفويضها بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، إنما تجرى صلحا . ومن ثم ، فهى لاتملك أن تعفى أحد أطراف خصومة التحكيم من كل مايتمسك به قبل الخصم الآخر فيها ، إذ أنها لاتقضى بين الخصوم فى التحكيم [٢] .

فهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تلتزم بالفصل فيه ، متى قبلت ذلك ، وفقا لقواعد القانون الموضوعى ، إذا لم يكن الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " قد أعفوها من التقيد بها أى أن هيئة التحكيم تلتزم - **وهى بصدد إصدار حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** - بمراعاة قواعد القانون الموضوعى ، إذا كانت محكمة بالقضاء ، وليست محكمة ، مع تفويضها بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

---

(١) أنظر : محمود محمد هاشم - إستنفاد ولاية المحكمين - المقالة المشار إليها - ص ٦٢ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١/٧٧ ص ٢١٨ .

(٢) فى دراسة نظام التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، أنظر :

LOQUIN : L'amiable composition en droit compare et international . Paris . 1980 . N. 25 et s .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التحكيم بالقضاء ، وبالصلح - ط١ - ١٩٦٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٧٢ ومايليه ص ٢٧٣ ومابعدها .

وحتى ولو كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـوع الإتفـاق على التحكيم مفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق علـى التحكيم** " ، **فإنها لاتستطيع مخالفة قواعد القانون الوضعى المتعلقـة بالنظـام العام .**

فضلا عن أنه ليس فى القانون الوضعى مايمنع هيئة التحكيم المكلفة بـالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، مـع تفويضـها بـالصلح بيـن الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " **– ورغم عدم تقيدهـا بالقواعد الموضوعية فى القانون الوضعى** – من تأسـيس حكـم التحكيـم الصادر منها عندئذ فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم علـى قواعـد القانون الموضوعى فى القانون الوضعى ، ولو لم تكن قواعد قانونية وضعيـة آمرة [١] .

ولم تلزم الأنظمة القانونيـة الوضعيـة – **وعلـى اختـلاف مذاهبـها واتجاهاتها ، وإعمالا للهدف من نظام التحكيـم** – هيئـة التحكيـم المكلفـة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بضرورة اتبـاع إجـراءات المرافعات المدنية ، والتجارية ، إلا أنها قد ألزمتها – **مع ذلـك** – بـالقواعد والإجراءات المنصوص عليها فى باب التحكيم ، فضلا عن التزامها بـالقواعد الأساسية فى المرافعات المدنية ، والتجارية ، وأصول التقاضى [٢] .

---

[١] أنظر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـة – بنـد ٧١ ص ٢٠٦

[٢] أنظر :

DAVID RENE : La arbitrage dans le commerce international . Paris . 1982 . P. 405 et s .

وانظر أيضا : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـة – بنـد ٧١ ص ٢٠٧ .

فهيئة التحكيم تلتزم بمراعاة كافة القواعد ، والإجراءات المنصوص عليها ضمن النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم ، والقواعد الأساسية في المرافعات المدنية ، والتجارية ، وأصول التقاضي . وأهمها : إحترام حقوق الدفاع المقررة للخصوم في التحكيم ، بتمكينهم من إبداء طلباتهم ، ودفوعهم وأوجه دفاعهم ، وتحقيق المساواة بينهم ، وإعمال مبدأ المواجهة بينهم في إجراءات خصومة التحكيم ، بتمكين كل طرف من العلم بإجراءات الدعوى والإطلاع على أوراقها ، ومنحه الفرصة الكافية لتقديم مستنداته ، ودفوعهوحججه المختلفة - **سواء كان ذلك كتابة ، أم شفاهة في الجلسة** (١) ، (٢) ، (٣) .

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON (MATTHIEU DE) et JUGLART (MICHEL DE) : Le Droit Francais de l'arbitrage . N. 215 . P . 205 ; ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : Arbitrage . Droit interne . Droit international . Dalloz . 1983 . T. 1 . N . 309 et s ; PERROT (ROGER) : Institutions judiciaires . Paris . Edition . 1983 . P . 57 .

وانظر أيضا : **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - بند ٧١ ص ٢٠٧ ، ٢٠٨ ، ومأشار إليه في الهوامش من أحكام في هذا الخصوص ، ومنها : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧١/٢/١٦ - س (٢٢) - ص ٧٩ ، ١٩٧٦/١٢/١٦ - مجموعة النقض - س (٢٧) - ص ١٤ ، ١٩٨٣/٣/٢ - في الطعن رقم (١١٤٢) - س (٥١) ق .

(٢) من أحكام القضاء الفرنسي التي تؤكد على ضرورة احترام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كالقاضي العام في الدولة تماما - لمبدأ المواجهة بين الخصوم في إجراءات التحكيم ، كأحد تطبيقات القواعد الأساسية في المرافعات المدنية ، والتجارية ، وأصول التقاضي ، أنظر :

Cass . Civ . 11 , 7 Juin 1978 . Rev . Arb . 1979 . 343 . Note : ROLAND ; La cour d'appel de Paris . 24 Fevrier 1984 . Rev . Arb . 1985 . 175 ; . 25 . 1983 . Rev . Arb . 1984 . 363 . Note : RALUET ; Paris . 15 Dec 1976 . Rev . Arb . 1967 . 118 ; Cass . Civ . 16 Fevr 1968 . Bull . Civ . 11 . N . 29 ; Rev . Arb . 1978 . 469 . Note : B . MAREAU . .

الإنتقاد العاشر :

إختلاف أنصار النظرية التعاقدية لنظام التحكيم حول تحديد طبيعة العقد أساس نظريتهم :

إنقسم أنصار النظرية التعاقدية لنظام التحكيم على أنفسهم عند تحديدهم لطبيعة العقد أساس نظريتهم ، وهل هو من عقود القانون الوضعي الخاص أم من عقود القانون الوضعي العام ، أم من العقود الإجرائية ، وحتى اللذين اتفقوا على أنه من عقود القانون الوضعي الخاص ، لم يتفقوا على تحديده رغم ذلك ، وهل هو عقد وكالة ، أم عقد مقاولة ، أم عقد عمل ؟ [1] .

---

(٣) فى دراسة أحكام إلتزام القاضى العام فى الدولة باحترام مبدأ المواجهة بين الخصوم فى الإجراءات القضائية ، أنظر : عيد محمد عبد الله القصاص – إلتزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة الزقازيق – ١٩٩٢ ، عزمى عبد الفتاح – واجب القاضى فى تحقيق مبدأ المواجهة (بدون تاريخ) – دار النهضة العربية ، . وبصفة خاصة ، ص ٢٣ ومابعدها .

(١) فى استعراض هذا الخلاف ، أنظر :

BERNARD (A .) : L'arbitrage volontaire en droit prive . 1937 . Bruxelles . N. 247 ; GLASSON , TISSIER et MOREL : Traite theorique et pratique d'organisation Judiciaire . de competence et de procedure civile . 1925 . 1936 . Sirey . Paris . N . 1821 . T. 5 ; GARSONNET et CEZAR – BRU : Traite theorique et pratique de procedure civile et commerciale . 1912 . 1913 . Sirey . Paris . N . 263 . T. 8 .

الفصل الثانى

النظرية القضائية لنظام التحكيم

La theorie juridictionnelle [(١)]

تقسيم :

تسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الفصل إلى أربعة مبـــاحث متتالية ، وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول :

مضمون النظرية القضائية لنظام التحكيم .

المبحث الثانى :

موقف القضاء المقارن من النظرية القضائية لنظام التحكيم

المبحث الثالث :

أسانيد النظرية القضائية لنظام التحكيم .

والمبحث الرابع ، والأخير :

تقييم النظرية القضائية لنظام التحكيم .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

---

(١) فى عرض النظرية القضائية لنظام التحكيم ، أنظر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيـــم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٧١ ومايليه ص ٢٠٥ ومابعدها ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعـده – الرسالة المشار إليها – بند ٦٠ ومايليه ص ٢١١ ومابعدها ، على بركات – خصومـــة التحكيـــم – الرسالة المشار إليها – بند ٢٧ ، ٢٨ ص ٢٧ ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولايـــة القضـــاء علـــى التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٩٣ ومابعدها .

يختلف حكم التحكيم عن أحكام القضاء العام فى الدولة ، والتى تسرى بشأنها قاعدة " **لادعاوى بطلان ضد الأحكام القضائية** " [1] .

ذلك أن حكم التحكيم فى الأصل – **شأنه شأن الحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة** – لايمكن التظلم منه إلا بسلوك طرق الطعن التى رسمتها الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** – والتى وردت فى النصوص القانونية الوضعية على سبيل الحصر ، إلا أن هذا الحكم لايستمد قوته إلا من اتفاق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم .

وعلى ذلك ، إذا انعدم الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – أو كان باطلا ، أو جاوزت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم حدود سلطاتها ، فإنه لايوجد ثمة حكم .

ومن ثم ، فقد أجازت الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** – فى مثل هذه الأحوال رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " **المواد (١٠٢٧) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، (١٤٨٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، (٥١٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى** رقم (١٣) **لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى** رقم (٢٧) **لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، (٥٢) ، (٥٣) ، (٥٤) من قانون التحكيم**

---

[1] أنظر : فتحى والى – نظرية البطلان فى قانون المرافعات – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٥٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ط١ – ١٩٥٩ . وبصفة خاصة ، ص ١٣٦ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى ، عبد الفتاح مراد – البطلان المدنى " الإجرائى والموضوعى " – ط١ – ١٩٩١ – منشأة المعارف بالأسكندرية . وبصفة خاصة ، بند ١٥ ومايليه ص ٣١ ومابعدها .

المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية " [(١)] ، [(٢)] .

(١) حيث بيان الحالات التى يجوز فيها رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وماتخضع له من قواعد ، وأحكام قانونية ، سواء من حيث المحكمة المختصة بنظرها ، أو من حيث إجراءات رفعها ، ومايترتب على رفعها من آثار قانونية ، أنظر فى تفصيل ذلك : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٣١ ص ٣١٧ .

(٢) يلاحظ أن مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة قد نظمت الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى صورة إعتراض على الأمر بالتنفيذ **exequature** " المادة (١٠٢٧) " . ولهذا ، فإنها كانت لاترفع فى صورة دعوى قضائية أصلية مبتدأة بطلب بطلانه ، وإنما فى صورة تظلم من هذا الأمر ، أنظر :

MOREL – RENE : Traite elementaire de procedure civile . 1949 . Sirey . Paris . N. 735 . P. 557 et s .

فى دراسة أحكام الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة المرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، أنظر :

MARINE CLAIRE RONDEAU : Juris – Classeur – Arbitrage . procedure civile . Fasc . 1046 . P . 33 et s .

وفى دراسة أحكام الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة المرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى القانون الوضعى المصرى ، سواء فى نصوص المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، والتى كانت تنظم التحكيم فى مصر " المواد (٥٠١ - ٥١٣) " - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - أو فى نصوص القانون الأخير ، أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٣١ ص ٢٩٦ ومابعدها ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١٩٧ ومايليه ص ٢٥٠ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ٦٢٠ ومابعدها .

على التحكيم تكون قاضيا خاصا فـــى الـنزاع المطـروح عليـها [١] ، وأن ماتصدره هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـوع الإتفـاق علـى التحكيم يعتبر حكما بالمعنى الفنى الدقيق ، أى أن عمل هيئة التحكيم المكلفـة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يعتبر عملا قضائيا ، مـادام أن جوهر القضاء هو تطبيق إرادة القانون الوضعـى فـى الحالـة المعنيـة بواسطة شخص ، لاتتوجه إليه القاعدة القانونية الوضعية التى يطبقها [٢] .

-- مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٩٠ – ص ٤٥٣ ، عزمى عبد الفتاح – قـانون التحكيم الكويتى – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ١ ، ص ١٥ ، ص ١٩ ، محمد نـور عبد الهادى شحاته – الرقابة على أعمال المحكمين – ١٩٩٣ – ص ٤١ ومابعدها ، محمـد محمـود إبراهيم – أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى – ١٩٩٤ – دار الفكر العربى بالقـاهرة – ص ٨٦ ، ٨٧ ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشـار إليـها – بنـد ٦٦ص ٢٤٦ ومابعدها ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣٥ ص ٤٠ ، على سـالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٩٨ ومابعدها ، ص ١٠٦ ومابعدها

(١) ولذلك ، فإن القول السائدة فى فقه القانون الوضعى المقارن هى أن هيئة التحكيم المكلفة بـالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تعد قاضيا خاصا ، يناط به مباشرة مهمة قضائية

L'arbitre , juge prive , est investi d'une mission juridictionnelle

أنظر :

RUBELLIN-DEVICHI (J.) : L'arbitrage . Nature juridique . Droit interne et Droit international prive . L . G . D . J . 1965 . P. 16 et s . 211 et s .

(٢) أنظر : عبد المنعم الشرقاوى – شرح المرافعات – ط١ – ١٩٥٠ – بند ٤٤٥ ، بنـد ٤٥٨ ص ٦٢٦ ومابعدها ، رمزى سيف – قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية – ط٢ – ١٩٦٩/١٩٧٠ – بند ٦٦ ص ٧٢ ، أحمد نشأت – رسالة الإثبات – الجزء الأول – بند ٣٦٢ ، محمود محمد هاشـم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٤٥ ص ١٢٥ ، محمد محمود إبراهيـم – أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى – ١٩٩٤ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ٨٦ ، ٨٧

فالتحكيم نوعا من أنواع القضاء ، إلى جانب القضاء العام الدولة ، شـأنه فى ذلك شأن القضاء الأجنبى ، والذى يعترف القـانون الوضعـى الداخلـى بأحكامه .

فرغم أن القضاء العام فى الدولة يعد مظهرا مـن مظـاهر سـيادة الدولـة ولايجب أن تقوم به سوى الدولة ، فإن الدولة – **بما لها من سلطة** – تستطيع أن تعترف لبعض الأفراد ، والجماعات ، أو هيئات غير قضائية بالقيام بـهذه المهمة ، فى صورة نظام التحكيم – **وفى نطـاق معيـن ، ومتـى توافـرت شروطا معينة .**

والأفراد ، والجماعات فى الواقع عندما يتفقون على التحكيم ، لاينزلون عـن الدعوى القضائية ، وإنما ينزلون عن **الإلتجاء إلى القضاء الذى تنظمه الدولـة لصالح قضاء آخر ، يختارون فيه قضاتهم ، وتعترف به الدولة ، شـأنه فـى** ذلك شأن القضاء الأجنبى ، والذى **يعترف القانون الوضعى الداخلى بأحكامـه** أو القضاء الذى تتولاه سلطة دينية غير سلطة الدولة **" كما هـو الحـال فـى مصر بالنسبة للمجالس الملية ، وذلك قبل إلغائها "** [١] .

فالدولة لم تحتكر وحدها سلطة الفصل فى المنازعات التـى تنشـأ بيـن **الأفراد ، والجماعات** ، ولكنها سمحت لهم **بالإلتجاء إلـى نظـام التحكيـم** ، **للفصل فى** المنازعات القائمة ، أو المحتملة بينهم .

والتحكيم من حيث الأصل هو مكنة إختياريـة ، يـترك لإرادة الأفـراد **والجماعات** حرية ممارستها [٢] .

والأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتـها** – قد راعت أن التحكيم بمايشكله من استثناء على ولاية القضاء العام فى الدولـة

---

(١) أنظر : **فتحى والى** – مبادئ قانون القضاء المدنى – بند ٢٤ ص ٤٦ .

(٢) أنظر :

DE MENTION : Le role de l'arbitrage dans l'evolution judiciaire . These . Paris . 1929 . P . 17 et s .

قد يعهد به إلى أشخاص قد لايتسمون بالدراية ، والمعرفة القانونية ، فأحاطته بمجموعة من القواعد ، والقيود ، بحيث تتوقف سلامة القرارات التى يصدرونها على مراعاتها .

وإذا كان الأمر كذلك ، فإن أنصار نظرية الطبيعة القضائية لنظام التحكيم قد ذهبوا إلى أنه رغم أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يعتبر عملا قضائيا ، فإنه مع ذلك لاتنطبق عليه جميع القواعد الخاصة بالأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام فى الدولة .

فإذا كان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يعد حكما ، **إلا أنه ليس كغيره من الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام** فى الدولة ، لأنه لايمكن عزله عن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - الذى كان سببا له [١] .

فضلا عن أنه يجب التفرقة بين نظام التحكيم ، ونظام القضاء العام فى الدولة .

فهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تتكون من أشخاصا عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، لاتخضع للقواعد التى تحكم مخاصمة القاضى العام فى الدولة .

وأعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الذين يمتنعون عن أداء مهمتهم التحكيمية ، بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايعتبر أنهم عندئذ قد ارتكبوا جريمة إنكار العدالة ، وهذا لايرجع إلى اختلاف نظام التحكيم عن نظام القضاء العام فى الدولة ، ولكن يرجع إلى أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ليست موظفا عاما ، مثل القاضى العام فى الدولة [٢] .

---

(١) أنظر : فتحي والى — مبادئ قانون القضاء المدنى — بند ٢٤ ص ٤٦ .

[٢] أنظر : محمد عبد الخالق عمر — النظام القضائى المدنى — ص ١٠٨ .

ولايكون حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قابلا للتنفيذ إلا بعد أن يباشر القضاء العام فى الدولة رقابة محددة عليه ، ويصدر أمرا بتنفيذه " المواد (١٤٧٧) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (٥٠٩) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، (٥٦) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " .

ويرى جانب من فقه القانون الوضعى المقارن أنه لاتتكامل الصفة القضائية لحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلا بعد أن يتدخل القضاء العام فى الدولة ، ويصدر الأمر بتنفيذه .

فبصدور الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم **La decision d'exequatur** ، فإنه يكتسب الطبيعة القضائية فتكون له - ومن حيث المبدأ - مالعمل القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة من آثار قانونية " إجرائية ، وموضوعية " . وبصفة خاصة ، الحجية القضائية ، والقوة التنفيذية [١] .

---

[١] أنظر :

VIZIOZ (H .) : Etudes de procedure . 1956 . Sirey . Paris . N . 287 et s . P . 585 et s ; RUBELLIN – DEVICHI : La nature juridique de l'arbitrage . N . 493 . p. 321 . N. 505 . p . 327 .

وانظر أيضا :

Bordeau . 1 – 2 . D . 1949 . P. 240 ; LOYON . 2 – 5 – 1955 – Juris – Classeur . procedure ivile . 1955 . 4 – N . 171 ; Cass . Com . 22 Dec . 1959 . D . 1960 . 685 . Note : ROBERT ; Rev . Arb . 1960 . 17 . Rev . dr . trim . civ . 1960 . 346 . Note : HEBREAUD .

وهذا هو الرأى السائد فى فقه القانون الوضعى الإيطالى ، والذى ذهب إلى أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايكون عملا قضائيا إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه من القضاء العام

وبالتعديل التشريعى لمجموعة المرافعات الفرنسية ، والذى تضمنته المراسيم أرقام (٧٢ - ٦٢٦) ، والصادر فى ١٩٧٢/٧/٥ ، (٧٥ - ١١٢٢) والصادر فى ١٩٧٥/١٢/٥ ، (٨٠- ٣٥٤) ، والصادر فى ١٩٨٠/٧/١٤ (٨١- ٥٠) ، والصادر فى ١٩٨١/٥/١٢ ، فإن هذا الرأى يفقد أى أساس يمكن أن يعتمد عليه .

فالقواعد المعتمدة وفقا لهذه التعديلات التشريعية الوضعية المستحدثة هى أن أعمال هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ترتب آثارها القانونية " الإجرائية ، والموضوعية . وبصفة خاصة ، استنفاد سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بشأن المسألة التى فصلت فيها بحكم التحكيم ، واكتساب حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للحجية القضائية " بمجرد صدوره ، وقبل صدور الأمر بتنفيذه " المادتان (١٤٧٥/ ١) ، (١٤٧٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية " (١) .

بينما اتجه رأى آخر إلى اعتبار نظام التحكيم وظيفة قضائية بالمعنى الفنى الدقيق ، وأن مايصدر عن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - وفى حدود ولايتها - يعتبر عملا قضائيا ، بمجرد

فى الدولة ، أنظر : محمود محمد هاشم - إستنفاد ولاية المحكمين - المقالة المشار إليها - بند ١٤ ص ٦٨ - الهامش رقم (٣٩) ، وجدى راغب فهمى - النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات - ص ٣٨١ .

(١) فى استعراض النصوص القانونية الوضعية المستحدثة فى مجموعة المرافعات الفرنسية فى هذا الشأن أنظر :

P . LEVEL : Une premiere retouche au droit de l'arbitrage . la loi du 5 Juill . 1972 . J . C . P . 1972 – 1 – 2494 ; ROBERT : L'arbitrage en matiere internationale . D . 1981 . chron . 209 .

صدوره – أى سواء صدر الأمر بتنفيذه من القضاء العام فى الدولة ، أو لم يصدر .

ومن ثم ، يرتب ذات الآثار التى يرتبها الحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة . وأهمها : الحجية القضائية ، واستنفاد سلطة هيئة التحكيم التى اختيرت للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فيما فصلت فيه من مسائل (١) .

هذا ، وقد حدث خلافا بين أنصار نظرية الطبيعة القضائية لنظام التحكيم حول أساس الوظيفة القضائية التى تباشرها هيئة التحكيم التى اختيرت للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، عند تحقيقه ، والفصل فى موضوعه .

فمنهم من يرى أن أساس سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى إقامة العدالة الخاصة بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، هو تفويض من سيادة الدولة

---

(١) أنظر :

GLASSON , TISSIER et MOREL : op . cit ., T . 5 . N . 1845 ; JAPIOT : op . cit . , N . 979 et s ; MOREL : op . cit ., N . 722 , 732 ; VINCENT et CORNU et FOYER : op . cit . , P . 47 et s ; VINCENT et GUINCHARD : op . cit ., N . 1343 et s ; FOUCHARD (P H) : l'arbitrage commercial international . D. Paris . . P .10 et s ; Les usages . L'arbitrage et le juge , Melanges GOLDMAN . 1982 .

وانظر أيضا : عبد المنعم الشرقاوى – شرح المرافعات – بند ٤٦٤ ص ٦٣٣ ، رمزى سيف – قواعد تنفيذ الأحكام –١٩٦٩ – بند ٤٦ ، ٩٥ ، فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – بند ٢٤ ، أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – ص ٤٠ ومايليها ، التحكيم بالقضاء ، وبالصلح – بند ٨٢ ، ١٠٣ ، التحكيم الاختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١٨ ، محمد عبد الخالق عمر – النظام القضائى المدنى – ص ١٠٨ ، محمود محمد هاشم – استنفاد ولاية المحكمين فى قانون المرافعات– – مقالة منشورة بمجلة الإدارة العامة – تصدر عن معهد الإدارة بالرياض – العدد (٥١) _ سبتمبر سنة ١٩٨٦ – بند ١٦ .

تقوم هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بمقتضاه – **وبصفة مؤقتة** – بمباشرة الوظيفة القضائية ، وهى إقامة العدالة بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

ويعنى ذلك ، أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **والتى تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية** – إنما تستمد سلطاتها عند الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى قول الحق ، والقانون الوضعى من النظام القانونى للدولة ، والذى ينقل لها – **وبصفة مؤقتة** – وظيفة الدولة فى إقامة العدالة بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . ومن ثم ، فإن نظام التحكيم يشكل إستثناء على سلطة الدولة [١] .

ولقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " **التحكيم طريق إستثنائى لفض المنازعات ، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وماتكفله من ضمانات . ومن ثم ، فهو يكون مقصورا حتما على ماتنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم** " [٢] . بمعنى ، أن نظام التحكيم

---

(١) أنظر :

BERTIN : Principes de droit international prive . Paris . 1920 . T. 1 . P. 609 et s .

وانظر أيضا : رمزى سيف – قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية ، والحجوز التحفظية – بند ٨١ ص ٦٧ ، رضا محمد إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – بند ٤١ ص ٢٥٩ ، السيد خلف محمد – مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض – الدائرة المدنية – ط – ١٩٨٢ /١٩٨٣ – الهيئة المصرية العامة للكتاب – ص ٣٦٨ ، ٣٦٩ – القاعدة رقم (١٣٧١) ومابعدها ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز – التعليق على قانون المرافعات – ط٣ – ص ١١٢٥ – القاعدة رقم (١٥) ومابعدها ، محمد محمود إبراهيم ، مصطفى كيرة – أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى – ١٩٨٣ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ٨٥٠ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧١/٢/١٦ – المجموعة (٢٢) – ١٧٩ ، ١٩٧٦/١/٦ – المجموعة (١٧) – ٣٨ ، ١٩٧٨/٢/١٥ – المجموعة (٢٩) – ٤٧٢ ،

ليس قضاء عاديا ، وإنما هو قضاء إستثنائيا ، تستمد فيه هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ولايتها فى الفصل فيما حكمت فيه من إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، مع إقرار الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** – لهذه الإرادة [1] .

إذ أن الأصل فى التقاضى أن يكون أمام القضاء العام فى الدولة ، والذى نظمته الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** – وفرض ولايته على الأفراد ، والجماعات داخل الدولة .

ولذلك ، فإن نظام التحكيم يعتبر استثناء من هذا الأصل ، وخروجا على طرق التقاضى العادية . ومن ثم ، فإن ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تقتصر على ماانصرفت إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إلى عرضه عليها ، ولايجوز التوسع فى تحديد هذه الولاية ، شأن كل استثناء على القواعد العامة ، وكل خروج على الأوضاع العادية .

غير أن البعض الآخر من أنصار نظرية الطبيعة القضائية لنظام التحكيم يرفض النظرة المتقدمة – والتى ترى فى **نشاط هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مجرد بطانة للقضاء العام فى الدولة** – ويرون أنه وبالنظر لتطور نظام التحكيم ، وشيوعه ، وتنظيم إجراءاته ، وانتشار مراكزه ، وسبق ظهوره على القضاء العام فى الدولة

١٩٨١/٣/٢٦- الطعن رقم (٦٩٨) – لسنة (٤٧) ق . مشارا لهذه الأحكام فى : أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، والتشريعات المرتبطة بها – الجزء الأول – ١٩٩٧ – المكتبة القانونية – بند ١٢٥ ص ٢٢٤ – الهامش رقم (٥) .

[1] فى بيان ذلك ، ودراسة الحق فى التحكيم " تعريفه ، بيان طبيعته القانونية " ، أنظر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ١٨ ومايليه ص ٥٥ ومابعدها .

فإنه يشكل جهة قضاء إلى جانب جهة القضاء العام فى الدولة ، بحيث يمكن القول أنه يوجد قضاءان بصفة متوازية داخل الدولة : قضاء الدولة ، وقضاء التحكيم ، وإذا كان هذا الأخير هو قضاء خاصا ، إلا أنه يتمتع بأصالة واستقلال .

ذلك أنه متى استبعدنا المعيار الشكلى لتمييز العمل القضائى – **كإجراءات التقاضى** – أو المعيار العضوى – **وهو شغل آحاد الناس لوظيفة القاضى فى جهاز الدولة** – فإن وظيفة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تتطابق تماما مع وظيفة القاضى العام فى الدولة ، وإن وجدت اختلافات بين القضاء العام فى الدولة ، وقضاء التحكيم فإنها فى حقيقة الأمر اختلافات مردها عوامل خارجية ، وليست بالضرورة من صميم تركيبة نظام التحكيم [١] .

---

(١) أنظر :

MOTULSKY (H) : Ecrits et notes sur l'arbitrage . Dalloz . 1974 . Paris . N . 3 . p . 14 , 15 .

وانظر أيضا : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ٤٣ ص ٨٠ ومابعدها .

المبحث الثانى
موقف القضاء المقارن من
النظرية القضائية لنظام التحكيم .

تقسيم :

تسهيلا للبحث ، واحاطة بالموضوع ، نقسم هــذا المبحــث إلــى مطالبيــن متتتايين ، وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول :

موقف القضاء الفرنسى من النظرية القضائية لنظام التحكيم

والمطلب الثانى :

موقف القضاء المصرى من النظريــة القضائيــة لنظــام التحكيم .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

المطلب الأول
موقف القضاء الفرنسى من
النظرية القضائية لنظام التحكيم .

يبدوا أن نظرية الطبيعة القضائية لنظام التحكيم هى التـــى تحظـــى الآن بتأييد واسع فى أحكام القضاء الفرنسي . فموقف القضاء الفرنسى منذ نهايـــة القرن الماضى كان يتجه إلى اعتبار نظام التحكيم ، ومـــايصدر عنـــه مـــن قرارات من طبيعة قضائية .

فقد كان هذا هو موقف حكم محكمة السين ، والصادر فـــى (١٦) مـــارس سنة ١٨٩٩ ، فى قضية **Del Drage** ، بخصوص ميراث الملكة كريستين " **ملكة فرنسا** " ، وتأيد هذا الحكم من محكمة باريس فى (١٠) ديسمبر سنة ١٩٠١ [١] .

ورغم حكم محكمة النقض الفرنسية الشهير ، والذى صدر فى يوليـــو ســـنة ١٩٣٧ متبنيا الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم ، إلا أن أحكام المحاكم الفرنسـية

---

(١) أنظر :

Jour . dr . int . prive . 1902 . P . 413 , Req . 12 – ١٢ – 1932 . S . 1933 . 1 . P. 128.

مشارا لهذا الحكم فى : محمود محمد هاشم – استنفاد ولاية المحكمين – المقالة المشار إليـها – ص ٢٧٣ .

وانظر أيضا :

Req . 3 – 3 – D . H . 1936 . P . 569 .

مشارا لهذا الحكم فى : محمود محمد هاشم – استنفاد ولاية المحكمين – المقالة المشار إليها – بند ١٤ ص ٦٨ – الهامش رقم (٤٠) .

المطلب الثانى
موقف القضاء المصرى من
النظرية القضائية لنظام التحكيم .

رغم ميل القضاء المصرى لترجيح الطابع الإتفاقى لنظام التحكيم ، إلا أن محكمة النقض المصرية قد اعتنقت فى بعض أحكامها القضائية الطابع القضائى لنظام التحكيم ، حيث قررت أنه : " **ولاية الفصل فى المنازعات تنعقد فى الأصل للمحاكم " المادة (١٥) من قانون السلطة القضائية المصرى رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢ ، والمعدل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣٥) لسنة ١٩٨٤ " ، والإستثناء هو جواز إتفاق الخصوم على إحالة مابينهم من نزاع على محكمين ، يختارونهم للفصل فيه ، بحكم له طبيعة أحكام المحاكم " المادة (٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية " ، ومايصدر خارج المحاكم بغير هذا الإتفاق يتجرد من المقومات الأساسية للأحكام ، ويكون لأى من الخصوم دفع الإحتجاج عليه به بمجرد انكاره ، والتمسك بعدم وجوده ، دون حاجة للإدعاء بتزويره ، أو بإقامة دعوى قضائية أصلية مبتدأة ، لإهداره** " [١] .

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٦/٢/٦ - فى الطعن رقم (٢١٨٦) - لسنة (٥٢) ق ، منشور فى مجلة القضاة - س (٢١) - العدد الأول - يناير / يوليو سنة ١٩٨٨ - ص ٢٣٤ . ومشارا إليه فى : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٧٣/ب ص ٢١٦ ، وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧١/٢/١٦ - مجموعة أحكام النقض - س (٢٢) - ص ١٧٩ ، ١٩٧٦/٢/١٦ - س (٢٧) ص ١٧٦٥ ، ١٩٨٢/٣/٢ - فى الطعن رقم (١٤٢) - س (٥١) ق . مشارا إليه فى : محمود محمد هاشم - استنفاد ولاية المحكمين - المقالة

وفي بعض أحكامها القضائية الأخرى ، قررت أنه : " **أطــــراف الخصومـــة بالتجائهم إلى نظام التحكيم ، إنما يعبرون عن ارادتهم فــى إعطــاء الغــير (هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم) سلطة قضائية** " [١] .

---

[١] أنظر : الأحكام المشار إليها فى : أبو زيد رضوان – الأسس العامة للتحكيم التجارى الدولى – بند ١٨ ص ٢٨ – الهامش رقم (٨٣) ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٢٨ ص ٣١ – الهامش رقم (١) ، (٢) .

القضاء العام فى الدولة – ورجحوا عليه المعيار الموضوعى – **وهو فكرة المنازعة ، والفصل فيها** - فدور هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هو نفس دور القاضى العام فى الدولة ، والذى يتمثل فى تطبيق إرادة القانون الوضعى على حالة معينة ، بواسطة شخص آخر ، والفصل فى النزاع – **موضوع الإتفاق على التحكيم** .

ويكون لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ولاية ، كتلك التى تكون للقاضى العام فى الدولة ، بالنسبة للنزاع المعروض عليها ، للفصل فيه .

وبالرغم من أن وظيفة هيئة التحكيم تكون مؤقتة ، إلا أنها لاتختلف عن الوظيفة القضائية للقاضى العام فى الدولة ، من حيث تطبيق القانون الوضعى والفصل فى النزاع – **موضوع الإتفاق على التحكيم** [1] .

السند الثانى :

إجراءات خصومة التحكيم ، والأعمال الصادرة فيها تكون من طبيعة قضائية :

ذلك أنه وبالنظر إلى طبيعة الإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فإنها تكون بمثابة خصومة قضائية ، فتعد إجراءاتها إجراءات قضائية بمعنى الكلمة ، ويكون حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بمثابة حكما

---

(١) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ص ٤١ ، محمد عبد الخالق عمر – النظام القضائى المدنى – ص ١٠٨، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١٩ ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ٥٧٣ ، ٥٧٤ .

المبحث الثالث

أسانيد النظرية القضائية لنظام التحكيم [١] .

كان رائد أنصار النظرية القضائية لنظام التحكيم فيما ذهبوا إليه مجموعة من الأسانيد ، أذكر منها مايلى :

السند الأول :

تغليب المعيار الموضوعى لتمييز العمل القضائى ، وتطبيق ذلك بخصوص نظام التحكيم " جوهر نظام التحكيم هو القضاء بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " فى المنازعات المعروضة على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بحكم تحكيم حاسم " :

رفض أنصار نظرية الطبيعة القضائية لنظام التحكيم المعيار الشكلى لتمييز العمل القضائى - والمبنى على الإجراءات - وكذا ، المعيار العضوى - المبنى على الشخص ، أو العضو الذى يصدر الحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة - ورجحوا عليه المعيار الموضوعى - وهو فكرة المنازعة ، والفصل فيها - فدورهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع

المشار إليها - ص ٦٢ - الهامش رقم (٢٣) ، نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٩٠/٦/١٢ - فى الطعن رقم (٢٢٧٨) - لسنة (٥٧) ق . مشارا إليه فى : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٥٥٤ ص ٣٧، - الهامش رقم (١) .

[١] فى بيان أسانيد نظرية الطبيعة القضائية لنظام التحكيم ، أنظر : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٨٧ ص ٢٢١ ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٦٣ ص ٢٢٠ ومابعدها ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٧ ص ٢٨ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص٩٩ ، ١٠٠ .

والقاعدة المتقدمة يكون مسلما بها ، ولو عند من ينازع فـــى طبيعـــة حكـــم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق علــــى التحكيـــم الموضوعيـــة ويعتبره عقدا ، بل وعند من ينازع فى الصفة الرسمية لهيئة التحكيم المكلفـــة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بالنسبة للنزاع المطـــروح عليها .

فتصدر أحكام التحكيم فى شكل الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العـــام فى الدولة ، وبنفس إجراءات إصدار هذه الأحكام [١] ، [٢] .

---

(١) فى بيان المقتضيات الشكلية الازمة لإصدار حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته – الرقابة على أعمال المحكمين – ص ١٠٤ ومابعدها ، مختـار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ١٠٤ ومايليه ص ١٩٣ ومابعدهـا ، عبـد الحميـد المنشاوى – التحكيم ، والتصالح – ١٩٩٥ – دار النهضة العربيـة بالقـاهرة – ص ٦٥ ومابعدهـا ، أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشـار إليها – ص ٢٥٩ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسـالة المشار إليها – ص ٥٧٢ ومابعدها .

(٢) فى بيان التطبيقات القضائية بشأن بيانات حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفـاق علـى التحكيم ، وورودها فى القانون الوضعى على سبيل الحصر ، وأثر تخلفها ، أنظر : عبد الحميد المنشـاوى – التحكيم ، والتصالح – ص ٩٩ ومابعدها ، محمد نور عبد الهادى شـحاته – النشـأة الإتفاقيـة لسلطات المحكمين – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٣٠٢ ومابعدها ، ص ٣٣٦ ومابعدهـا ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقـاهرة – – بنـد ٤٨ ومايليه ص ٨٩ ومابعدها ، عبد الحميد المنشاوى – التحكيم الدولى والداخلـى – ١٩٩٥ – ص ٤٩ ومابعدها أ، أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصـة – الرسالة المشار إليها – ص ٢٥٢ ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسـالة المشار إليها – ص ١٢٣ ومابعدها .

قضائيا بالمعنى الفنى للكلمة ، على اعتبار أنه يحل محل القاضى العام فى الدولة ، فتكون له وظيفته القضائية [١] .

فأحكام التحكيم تعد أعمالا قضائية بالمعنى الفنى الدقيق - **سواء من حيث الشكل ، أم من حيث الموضوع .**

(أ) فمن ناحية الشكل :

حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يخضع لذات الشكل المقرر قانونا بالنسبة للأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام فى الدولة :

القاعدة الأساسية فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يخضع لذات الشكل المقرر قانونا بالنسبة للأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام فى الدولة .

---

(١) فى بيان إجراءات إصدار أحكام التحكيم ، أنظر :

JEAN ROBERT : L'arbitage. Droit interne. Droit international prive. cinquieme edition. 1983. N. 86 et s; JEAN VINCENT : procedure civile. Dix - huitieme edition. 1976. Dalloz. P. 1044 et s. N. 815 et s; E. LOQUIN : L'instance arbitrale. J - CI. Proc. Civ. Fasc. 1036. N. 11 et s

وانظر أيضا . فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط١ - ١٩٨٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٤١٠ ومايليه ص ٩٦٨ ومابعدها ، ط٢ - ١٩٨٧ - بند ٤٣٩ ومايليه ص ٨٩٤ ومابعدها ، الملامح الأساسية لإجراءات التحكيم فى مشروع قانون التحكيم المصرى الجديد - مقالة مقدمة فى مؤتمر القاهرة - الأسكندرية للتحكيم التجارى الدولى - والذى نظمه مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى فى الفترة من ١١- ١٥ أكتوبر سنة ١٩٩٢ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٠٦ ومايليه ص ٢٤٣ ومابعدها ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ص ٧٢٥ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ٣٤٩ ومابعدها ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص بند ٢٦٩ ومايليه ص ٢٦٥ ومابعدها .

وتمثل مرحلة إصدار الحكم القضائى المرحلة الأساسية فى الخصومة القضائية ، لأن الحكم القضائى هو خاتمة المطاف فى العمل القضائى ، وهو قصد المدعى من رفع الدعوى القضائية ، وهدف المدعى عليه كذلك من وراء تقديم طلباته ، ودفوعه المختلفة .

إصدار الحكم القضائى :

أحاط المشرع الوضعى المصرى إصدار الحكم القضائى فى الدعوى القضائية بمجموعة من الضمانات ، والتى يتعلق بعضها بشكله ، والبعض الآخر بمضمونه – **سواء فى المرحلة السابقة على إصداره ، أم فى المرحلة التى تلى إصداره .**

كما أوجب على المحكمة أن تصوغ حكمها فى شكل معين ، وأن تنطق به فى جلسة علنية ، يحضرها جميع القضاة الذين اشتركوا فى تحقيق الدعوى القضائية ، وسمعوا المرافعة فيها ، وجرت بينهم المداولة القضائية .

كما أوجب المشرع الوضعى المصرى ضرورة إيداع مسودة الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية فى ملف القضية ، عند النطق به ، مع تمكين الخصوم من الإطلاع عليه ، والوقوف على أسبابه ، عقب النطق به .

وتلتزم المحكمة بعد النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية وإيداع مسودته ، أن تحرر نسخته الأصلية ، وأن تودعها ملف القضية خلال فترة زمنية معينة ، نص عليها فى قانون المرافعات المصرى .

ويجيز قانون المرافعات المصرى لكل شخص أن يحصل على صورة من نسخة الحكم القضائى الأصلية الصادر فى الدعوى القضائية ، بعد سداد الرسم المستحق . أما صورته التنفيذية ، فلايحصل عليها إلا المحكوم له صاحب المصلحة فى التنفيذ الجبرى .

فأيا كان الرأى حول طبيعة حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من الناحية الموضوعية ، فإنه يخضع لشكل الأحكام القضائية والصادرة من القضاء العام فى الدولة .

والحكم القضائى هو غاية العمل القضائى ، وهو هدف النشاط الإجرائى للخصوم جميعا ، بالرغم من اختلاف أهدافهم ، وتعارض مصالحهم ، حيث يحاول كل خصم إقناع القاضى العام فى الدولة بأنه أولى بالرعاية ، وأحق بالحماية القضائية من الخصم الآخر .

والحكم القضائى هو :

القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا ومختصة بإصداره ، فى خصومة قضائية ، وفقا لقواعد قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – سواء كان صادرا فى موضوع الخصومة القضائية ، أو فى شق منه أو فى مسألة متفرعة عنه [١] .

---

[١] **أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند ١١ص٣٢ .**
بينما عرف جانب آخر من فقه القانون الوضعى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية بأنه : " كل قرار يصدر من المحكمة فى خصومة قضائية ، وفقا لقواعد إصدار الأحكام القضائية " . أنظر : وجدى راغب فهمى – مبادئ – ص٥٨١ .

كما عرفه جانب آخر من فقه القانون الوضعى بأنه : " الحل الذى يعلنه القاضى فى نطاق خصومة قضائية ، متبعا فى ذلك شكلية معينة ، بقصد حسم مركزا خلافيا ، ناتجا عن تطبيق القانون الوضعى فى الحياة العملية " . أنظر : إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – الجزء الثانى – بند٣٦٧ ص١٨٩ . بينما عرفه جانب آخر من فقه القانون الوضعى بأنه " **كل إعلان لفكر القاضى فى استعماله لسلطته القضائية – أيا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، وأيا كان مضمونه** " . أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى بند٣٢٩ ص٦١٥ . كما عرفه جانب آخر من فقه القانون الوضعى بأنه : " كل قرار تصدره المحكمة بمقتضى سلطتها القضائية ، وفاصلا فى منازعة معينة " . أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص٥٦ .

وتمثل مرحلة إصدار الحكم القضائي المرحلة الأساسية في الخصومة القضائية ، لأن الحكم القضائي هو خاتمة المطاف في العمل القضائي ، وهو قصد المدعي من رفع الدعوى القضائية ، وهدف المدعى عليه كذلك من وراء تقديم طلباته ، ودفوعه المختلفة .

إصدار الحكم القضائى :

أحاط المشرع الوضعى المصرى إصدار الحكم القضائى فى الدعوى القضائية بمجموعة من الضمانات ، والتى يتعلق بعضها بشكله ، والبعض الآخر بمضمونه – **سواء فى المرحلة السابقة على إصداره ، أم فى المرحلة التى تلى إصداره .**

كما أوجب على المحكمة أن تصوغ حكمها فى شكل معين ، وأن تنطق به فى جلسة علنية ، يحضرها جميع القضاة الذين اشتركوا فى تحقيق الدعوى القضائية ، وسمعوا المرافعة فيها ، وجرت بينهم المداولة القضائية .

كما أوجب المشرع الوضعى المصرى ضرورة إيداع مسودة الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية فى ملف القضية ، عند النطق به ، مع تمكين الخصوم من الإطلاع عليه ، والوقوف على أسبابه ، عقب النطق به .

وتلتزم المحكمة بعد النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية وإيداع مسودته ، أن تحرر نسخته الأصلية ، وأن تودعها ملف القضية خلال فترة زمنية معينة ، نص عليها فى قانون المرافعات المصرى .

ويجيز قانون المرافعات المصرى لكل شخص أن يحصل على صورة من نسخة الحكم القضائى الأصلية الصادر فى الدعوى القضائية ، بعد سداد الرسم المستحق . أما صورته التنفيذية ، فلايحصل عليها إلا المحكوم له صاحب المصلحة فى التنفيذ الجبرى .

المداولة القضائية :

تعريف المداولة القضائية :

من الضمانات التى أحاط بها المشرع الوضعى المصرى إصدار الحكم القضائى فى الدعوى القضائية ، التأكد من أن قرار المحكمة فى القضية المعروضة عليها لم يصدر إلا من القضاة الذين سمعوا المرافعة ، واشتركوا فى تحقيق الدعوى القضائية ، بعد مناقشة مستفيضة ، أتيح فيها لكل قاضى أن يدلى برأيه فى حرية تامة ، ويعبر عنه فى سرية بين القضاة المجتمعين .

فبعد قيام الخصوم بتقديم طلباتهم الختامية ، والإنتهاء من تحقيق الدعوى القضائية ، فإن المحكمة المعروض عليها الدعوى القضائية ، تقرر قفل باب المرافعة فيها ، ثم يتشاور القضاة – فى حالة تعددهم – للإتفاق على مضمون الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية .

أما إذا كانت المحكمة المعروض عليها الدعوى القضائية مشكلة من قاضى فرد ، فإن المداولة تعنى فى هذه الحالة :

إختلائه بنفسه

للتفكير ، بقصد الوصول إلى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية .

ويختلف مكان المداولة القضائية ، والوقت الذى قد تستغرقه ، بحسب نوع الدعوى القضائية ، وأهميتها ، ومدى صعوبتها .

فقد تتم المداولة أثناء الجلسة المحددة لنظر الدعوى القضائية ، وقبل إصدار الحكم القضائى فيها مباشرة . كما يمكن للمحكمة أن ترفع الجلسة مؤقتا وتنسحب إلى غرفة المشورة ، لإجراء المداولة القضائية ، ثم تعود ، وتنطق بالحكم القضائى فى نفس الجلسة ، ويحدث هذا عادة فى القضايا البسيطة والتى لاتحتاج إلى عناء كبير ، وتفكير طويل فيها .

أما إذا قدرت المحكمة أنه لايمكن إصدار الحكم القضائى إلا بعد وقت طويل وبحث مستفيض لأوراق الدعوى القضائية ، فإنها تؤجل النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية إلى وقت آخر .

شروط صحة المداولة القضائية :

يجب لصحة المداولة القضائية ، أن تتوافر عدة شروط ، وهى :

الشرط الأول :

إحترام حقوق الدفاع للخصوم فى الدعوى القضائية أثناء المداولة القضائية .

الشرط الثانى :

إشتراك جميع القضاة الذين سمعوا المرافعة فى المداولة القضائية .

الشرط الثالث :

الحفاظ على سرية المداولة القضائية .

الشرط الرابع :

أن يصدر الحكم القضائى فى الدعوى القضائية بأغلبية الآراء .

وإلى دراسة كل شرط الشروط المتقدمة بشئ من التفصيل :

الشرط الأول :

إحترام حقوق الدفاع للخصوم فى الدعوى القضائية أثناء المداولة القضائية :

إذا كان احترام مبدأ حقوق الدفاع للخصوم أثناء نظر الدعوى القضائية يعتبر مبدأ أساسيا من مبادئ المرافعات ، فإنه يعد أكثر أهمية أثناء مرحلة المداولة القضائية ، باعتبارها المرحلة الحاسمة فى الخصومة القضائية

والتى يتكون فيها الرأى القضائى ، ويتوقف عليها اتجـاه الحكم القضـائى الصادر فى الدعوى القضائية .

ويجب أن تكون المداولة القضائية بين القضاة محصـورة فـى نطـاق الأوراق ، والمستندات المقدمة من الخصوم فى الدعوى القضائيـة ، أثنـاء المرافعة فيها .

فلايجوز للمحكمة – **وبعد قفل باب المرافعة فى الدعوى القضائية** – أن تقبل أوراقا ، أو مستندات من أحد الخصوم فى الدعوى القضائية ، دون أن يطلـع عليها الخصم الآخر ، ويتمكن من الرد عليـها ، وإلا كـان العمـل بـاطلا **" المادة (١٦٨) من قانون المرافعات المصرى "** [١] .

وإذا قدم أحد الخصوم أوراقا ، أو مذكرات أثناء فترة المداولة القضائيـة دون أن يطلع عليها الخصم الآخر ، أو يعلم بها ، فإن الحكم القضـائى الصـادر يكون صحيحا ، طالما أنه لم يستند مطلقا على أى من هذه الأوراق أو تلـك المذكرات [٢] .

الشرط الثانى :

إشتراك جميع القضاة الذين سمعوا المرافعة فـى المداولـة القضائية :

تنص المادة (١٦٧) من قانون المرافعـات المصـرى علـى أنـه :

" لايجوز أن يشترك فى المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعـة ، وإلا كان الحكم باطلا "

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٤/٤/٩ – مجموعة أحكام النقـض – س (١٥) – ص ٥٤١ ، ١٩٧٧/٤/٥ – مجموعة أحكام النقض – س (٢٨) – ص٨٩٧ ، ١٩٧٨/٤/٢٠ – مجموعـة أحكام النقض – س (٢٩) – ص١٠٥٣ .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند٣٧ ص٨٣ .

ومفاد النص القانوني الوضعي المصري المتقدم ، أنه يجب أن تتم المداولة القضائية بين جميع القضاة الذين سمعوا المرافعة في الدعوى القضائية ، على أساس أن القاضي الذي سمع المرافعة في الدعوى القضائية ، هو الذي يستطيع تكوين الرأي القانوني السليم فيها ، من خلال وقوفه على الوقائع فيها الأمر الذي يمكنه مع غيره من تطبيق القانون الوضعي تطبيقا صحيحا [١] .

كما أن احترام حقوق الدفاع للخصوم في الدعوى القضائية تمنع القاضي من الحكم في الدعوى القضائية بناء على علمه الشخصي- **والذي حصله بناء على معلومات خارجة عن نطاق الخصومة القضائية** - وليس عن طريق الخصوم في الدعوى القضائية ، أثناء المرافعة فيها [٢] ، حتى لايعتمد على أدلة لم يستند عليها الخصوم في الدعوى القضائية ، أو وقائع لم يتمسكوا بها الأمر الذي يمثل إعتداء على البنيان الواقعي للخصومة القضائية ، والذي يناط بالخصوم وحدهم تعديله ، أو تغييره [٣] .

لذلك ، فإنه يجب اشتراك جميع القضاة الذين سمعوا المرافعة في المداولة القضائية ، حتى ولو لم تكن المرافعة في الدعوى القضائية شفوية [٤] .

وإذا تغير أحد القضاة الذين سمعوا المرافعة في الدعوى القضائية ، لأي سبب كان - **كالوفاة** ، أو النقل ، أو الرد - فإنه يجب فتح باب المرافعة في

---

(١) أنظر : إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - الجزء الثاني - بند٣٧٥ ص٢١٤ .

(٢) أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط - الإثبات - المجلد الأول -١٩٩٢- دار النهضة العربية - بند٢٧ ص٤٧ ومابعدها .

(٣) أنظر : إبراهيم نجيب سعد - قاعدة " لاتحكم دون سماع الخصوم " - ١٩٨١- منشأة المعارف بالأسكندرية - ص٦٦ .

(٤) أنظر : فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - بند٣٣٣ ص٦٢١ .

الدعوى القضائية ، وتجديد الإجراءات أمام الهيئة الجديدة ، إلا أنه لايجب أن تعاد جميع الإجراءات ، وإنما يمكن تمسك الخصوم أمام الهيئة الجديدة بالطلبات القضائية الختامية .

والتغيير الطارئ على هيئة المحكمة لاينال من صحة الإجراءات السابقة على هذا التغيير ، ولايؤثر على الأحكام القضائية الفرعية التى سبق صدورها قبل حدوث هذا التغيير ، ولاتعاد سوى الإجراءات التى حصلت بعد صدور آخر حكم قضائى فرعى فى الدعوى القضائية [١] .

الشرط الثالث :

سرية المداولة القضائية بين القضاة المجتمعين :

تنص المادة (١٦٦) من قانون المرافعات المصرى على أنه : " **تكون المداولة فى الأحكام سرا بين القضاة مجتمعين** " .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أنه يجب أن تكون المداولة القضائية بين القضاة المجتمعين سرية ، بالنظر إلى أن هيئة المحكمة تعتبر وحدة كاملة ، غير قابلة للإنقسام ، والحكم القضائى الصادر منها فى الدعوى القضائية ينسب إليها مجتمعة .

كما أن سرية المداولة القضائية بين القضاة المجتمعين تحافظ على استقلال القضاة ، وتشجعهم على إبداء آراؤهم فى القضايا المطروحة عليهم فى حرية وأمان [٢] .

---

[١] أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند٣٥، ص٧٧ ، أحمد السيد صاوى – الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – بند٤٤٧ ص٦٠٦ .

[٢] أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – ص٢٦ – الهامش رقم (٢) .

ويترتب على مبدأ سرية المداولة القضائية بين القضاة المجتمعين العديد من النتائج ، أذكر منها :

النتيجة الأولى :

أنه لايجوز أن يشترك فى المداولة القضائية أحد غير القضاة الذين سمعوا المرافعة ، ولو لم يكن طرفا فى الخصومة القضائية [1] :

فلا يجوز للنيابة العامة ، أو كاتب الجلسة حضور المداولة القضائية . **كما يحظر على أى قاضى من زملاء القضاة الذين سمعوا المرافعة فى** الدعوى القضائية حضور المداولة القضائية ، حتى ولو كان حضوره بغرض الإستئناس برأيه ، والإستفادة بخبرته [2] .

وإذا حضر المداولة القضائية أحد غير القضاة الذين سمعوا المرافعة ، فإن الحكم القضائى الصادر فى هذه الحالة يكون باطلا **" المادة (١٦٧) من قانون المرافعات المصرى "** .

والنتيجة الثانية :

يحظر على أى من القضاة الذين سمعوا المرافعة فى الدعوى القضائية ، واشتركوا فى المداولة القضائية فيها أن يفشى سرها ويذيع مادار فيها من مناقشات :

وإذا خالف أحد القضاة هذا الحظر ، فإن ذلك لايؤدى إلى بطلان الحكم القضائى الصادر فى هذه الحالة ، لعدم مساس ذلك بحقوق الخصوم فى

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند٣٥ ص٧٧ .

(٢) أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص٧٧ .

الدعوى القضائية [١] ، وإنما يعرض القاضى للمساءلة التأديبية ، باعتبـــار أن ذلك يعد إخلالا جسيما منه لواجبات وظيفته .

الشرط الرابع :

صدور الحكم القضائى فى الدعوى القضائية بأغلبية الآراء

تنص المادة (١٦٩) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" **تصدر الأحكام بأغلبية الآراء ، فإذا لم تتوافر الأغلبيـــة وتشـعبت الآراء لأكثر من رأيين وجب أن ينضم الفريق الأقل عددا أو الفريق الـــذى يضـم أحدث القضاة لأحد الرأيين الصادرين من الفريق الأكثر عددا وذلك بعد أخـذ الآراء مرة ثانية** " .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أنه يجب أن يصدر الحكم القضائى فى الدعوى القضائية بأغلبية آراء القضـــاة المجتمعيـن ، والذيـن سمعوا المرافعة فى الدعوى القضائية .

وإذا لم يصدر الحكم القضائى بأغلبية الآراء ، وإنما صدر من رئيس الدائـرة وحده ، فإنه يكون معدوما [٢] .

النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية :

تعريف النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية :

النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية هو :

قراءته بصـوت عال فى الجلسة المحددة للنطق بـــه . وقـد تشـمل القـراءة المنطـوق ، والأسباب ، وقد تقتصر على المنطوق وحده [٣] .

---

[١] أنظر : أحمد أبو الوفا – الإشارة المتقدمة .

[٢] أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند٣٥ ص٧٨ .

وقبل النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية ، لايكون له وجودا قانونيا ، حتى ولو كتبت مسودته ، لأنه مادام لم ينطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية ، فإنه يجوز للمحكمة أن تغيره ، أو تعدل فيه ، أو حتى إعادة فتح باب المرافعة فى الدعوى القضائية من جديد .

كما يجوز لكل عضو من أعضاء المحكمة أن يغير رأيه .

ويجوز للمحكمة أن تنطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية عقب انتهاء المرافعة فيها مباشرة ، وفى نفس الجلسة .

كما يجوز لها تأجيل إصدار الحكم القضائى إلى جلسة أخرى قريبة تحددها **" المادة (١/١٧١) من قانون المرافعات المصرى "** ، والأمر يكون متروكا للسلطة التقديرية للمحكمة .

وإذا رأت المحكمة تأجيل إصدار الحكم القضائى فى الدعوى القضائية مرة ثانية ، فإنه يجب عليها فى هذه الحالة أن تصرح بذلك فى الجلسة ، مع تعيين اليوم الذى يكون فيه النطق بالحكم القضائى ، وبيان أسباب التأجيل فى ورقة الجلسة ، ومحضرها **" المادة (١٧٢) من قانون المرافعات المصرى "** .

كما يجوز للمحكمة أن تؤجل إصدار النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية المعروضة عليها للمرة الثالثة ، بشرط أن تكون الأخيرة .

ومع ذلك ، فإن غالبية فقه القانون الوضعى [1] تذهب إلى أنه لاتثريب على المحكمة إن هى أجلت النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية لأكثر من

---

[3] أنظر : فتحي والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند ٣٣٦ص٦٢٢ .

[1] أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند٣٨ ص٨٦ ، وجدى راغب فهمى – مبادئ – ص٥٨٩ ، إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – الجزء الثانى – بند٣٣٧ ص٢٢٦ ، فتحي والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند٣٣٦ ص٦٢٤ ، عبد القادر سيد عثمان – إصدار الحكم القضائى – الرسالة المشار إليها – ص١٤٠. وانظر أيضا : نقض مدنى

ثلاث مرات ، فلا يلحق البطلان الحكم القضائى الذى مد أجل النطق بـالحكم القضائى لأكثر مما نص عليه القانون الوضعى فى هـذا الشـأن ، وبحسب ماتقتضيه المداولة القضائية ، ويحتاجه تكوين الرأى القضائى ، لأنه لايمكـن إلزام المحكمة بضرورة إصدار حكمها القضائى فى الدعوى القضائيـة فـى تاريخ معين .

كما أن سلطة تأجيل إصدار الحكم القضائى يكون من إطلاقات المحكمـة ، ولامعقب عليها فى هذا الشأن .

ويجوز للمحكمة تعجيل النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية فـى جلسة أخرى ، فى ميعاد سابق على التاريخ المحدد أصلا للنطـق بـه ، إذا طرأت ظروف تقتضى هذا التعجيل - **كما إذا كانت صفة أحد القضاة سـوف تزول قبل التاريخ المحدد أصلا للنطق بالحكم القضائى** [1] . ويجـب علـى المحكمة فى هذه الحالة أن تبين الأسباب التى أدت بها إلـى تعجيـل النطـق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية .

ويشترط لتعجيل النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائيـة فـى جلسـة أخرى ، فى ميعاد سابق على التاريخ المحدد أصلا للنطق بـه ، ألا يـترتب على هذا التعجيل الإخلال بحقوق الدفاع المقررة قانونا للخصوم فى الدعـوى القضائية ، بأن يكون النطق بالحكم القضائى بعد انتهاء الخصوم مـن تقديـم طلباتهم ، ومذكراتهم فى الدفاع فى الدعوى القضائيـة ، وأن يكـون الحكـم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأحكام القضائية التى يبدأ ميعـاد الطعن فيها من تاريخ إعلانها ، وليس من تاريخ صدورها [2] .

مصـرى - جلسـة ١٩٦٩/٧/٣ - مجموعـة أحكـام النقـض - س (٢٠) - ص١١١٨ ، ١٩٧٣/١١/٢٦ - مجموعة أحكام النقض - س (٢٤) - ص١١٤٠ .

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام فى قانون المرافعات - بند٢٨(م) ص٧٩ .

شروط صحة النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية :

يشترط أن يتوافر فى النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية مايلى :

الشرط الأول :

علانية النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية :

يعد مبدأ علانية النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية من المبادئ الأساسية فى التنظيم القضائى المصرى [1] ، ويجب مراعاته فى جميع الأحكام القضائية ، إلا ما استثناه المشرع الوضعى المصرى بنص قانونى وضعى صريح - كما هو الوضع فى الدعوى القضائية المستعجلة والتى ينظرها القاضى فى منزله عند الضرورة ، فإنه يكون من البديهى أن يكون النطق بالحكم القضائى فى هذه الدعوى القضائية بغير علانية .

---

(٢) أنظر : فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - ص٦٢٥ - الهامش رقم (١) . عكس ذلك : أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام في قانون المرافعات - بند٣٨ ص٩٠ . حيث يرى سيادته أنه لايشترط ذلك ، ويجوز أن يكون الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية من الأحكام القضائية التي يبدأ ميعاد الطعن فيها من تاريخ صدورها ، بشرط أن تأمر المحكمة قلم كتابها بإعلان الخصوم بهذا التعجيل ، حتى لايؤدى تعجيل إصدار الحكم القضائي في الدعوى القضائية إلى الإضرار بحقوق المحكوم عليه ، بصدور الحكم القضائي في الدعوى القضائية في غفلة منه .

وإذا لم يعلن الخصوم بتعجيل النطق بالحكم القضائي في الدعوى القضائية ، فإن ميعاد الطعن في الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية ، لايبدأ إلا من التاريخ الذى كان محددا أصلا لصدوره .

(١) فى بيان مبررات علانية النطق بالأحكام القضائية الصادرة فى الدعاوى القضائية ، أنظر : جمال العطيفى - دراسات فى استقلال القضاء فى الشريعتين الإسلامية ، والإنجليزية - مجلة المحاماة المصرية - السنة الخمسون - ١٩٧٠ - العدد الثانى - فبراير - ص٨٦ ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - الجزء الثانى - بند٣٧٦ ص٢٢٢ ، السيد عبد العال تمام - الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن - ص٨١ ، ٨٢ .

ويتعين لصحة إصدار الحكم القضائى فى الدعوى القضائية أن تنطق بـه المحكمة فى جلسة علنية ، ولو كانت الدعوى القضائية قد نظرت فى جلسـة سرية ، أو فى غرفة المشورة وإلا كان الحكم القضائى الصادر فى الدعـوى القضائية باطلا " المادة (١٧٤) من قانون المرافعات المصرى " ، ويتعلق هذا البطلان بالنظام العام فى مصر ، ويجب على المحكمة أن تقضى به مـن تلقاء نفسها ، ولو لم يتمسك به أحد الخصوم فى الدعوى القضائية [١] .

الشرط الثانى :

حضور جميع القضاة الذين اشتركوا فى المداولة القضائيـة جلسة النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية :

يجب أن يحضر جميع القضاة الذين سمعوا المرافعة ، واشـتركوا فـى المداولة القضائية ، جلسة النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائيـة ، لأن حضورهم يدل على اقتناعهم به ، وإقرارهم عليه ، وعدم العدول عنـه [٢] . كما أن حضورهم جميعا جلسة النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائيـة يوحى بأن الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية قد صـدر بإجمـاع آراء أعضاء هيئة المحكمة ، حتى ولو كان قد صـدر فعـلا بأغلبيـة آراء أعضاء هيئة المحكمة ، الأمر الذى يضفى على الأحكام القضائية الصـادرة فى الدعاوى القضائية الإحترام ، ويجعلها موضع ثقة المتقاضين [٣] .

ويترتب على مخالفة القاعدة الخاصة بوجوب حضور جميع القضاة الذين اشتركوا في المداولة القضائية جلسة النطق بالحكم القضـائى فـى الدعـوى

---

[١] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٢/٥/٥– مجموعـة أحكـام النقـض – س (١٦) – ص٥٥٧ .

[٢] أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند٣٣٦ ص٦٢٣ .

[٣] أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند٣٨ ص٩١ .

القضائية ، بطلان الحكم القضائى الصادر فيها بالمخالفة لها ، بطلانا يتعلق بالنظام العام فى مصر ، ويجب على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به أحدا من الخصوم فى الدعوى القضائية [١] .

وإذا قام مانعا يحول دون حضور أحد القضاة جلسة النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية ، فإنه يجب التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول :

أن يكون المانع الذى حال بين القاضى ، وبين حضوره جلسة النطق بالحكم القضائى فى الدعاوى القضائية ماديا - كالمرض ، أو السفر :

فإن هذا الغياب لايحول دون صحة الحكم القضائى الصادر عندئذ فى الدعوى القضائية ، بشرط أن يكون القاضى المتغيب عن جلسة النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية قد قام بالتوقيع على مسودة الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، ويحضر بدلا منه قاضيا آخر جلسة النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية ، لاستيفاء الشكل ، وأن يتم إثبات ذلك فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية [٢] .

والفرض الثانى :

أن يكون المانع الذى حال بين القاضى ، وبين حضوره جلسة النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية هو فقد القاضى المتغيب

---

[١] أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٢/٢/٦ - مجموعة الخمسين عاما بند٥٧ ص٢٢٢٨ ، ١٩٣٣/٢/٢ - فى الطعن رقم (١٨٣٣) - لسنة (٥١) ق .

[٢] أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٨/١٢/١٠ - مجموعة أحكام النقض - س (١٩) - ص ١٥٠١ .

عن جلسة النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية لصفته – كالوفاة ، أو الإستقالة ، أو النقل [(١)] ، [(٢)] :

وفى هذا الفرض ، فإنه يجب فتح باب المرافعة من جديد فى الدعوى القضائية ، وإعادة الإجراءات القضائية أمام الهيئة الجديدة .

وإذا تعذر معرفة سبب المانع الذى حال بين القاضى ، وبين حضوره جلسة النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية ، ولم يفصح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية عن ماهية المانع من حضور القاضى فالأصل أن يكون مجرد مانعا ماديا ، مالم يثبت أن المانع مبناه زوال صفة القاضى ، أو انتفاء ولايته [(٣)] .

ولايلزم حضور عضو النيابة العامة جلسة النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية ، حتى ولو كانت القضية من القضايا التى يوجب قانون المرافعات المصرى تدخل النيابة العامة فيها [(٤)] .

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٠/١/٢٢ – مجموعة أحكام النقض – س (٢١) – ص٤٩١ . حيث قضى فى هذا الحكم بأنه : " مجرد صدور مرسوم بنقل القاضى من محكمة إلى محكمة أخرى ، لاتزول به عنه ولاية القضاء من المحكمة المنقول منها ، إلا إذا أبلغ إليه المرسوم بصفة رسمية من وزير العدل" .

(٢) نقل القاضى ، أو ندبه إلى محكمة أخرى داخل دائرة اختصاص محكمته الأصلية ، لايحول دون اشتراكه فى النطق بالحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية التى سمع فيها المرافعة ، لعدم انقطاع صلته بمحكمته الأصلية ، واستمرار احتفاظه بصفته . أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص٨٣ .

(٣) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند٣٣٣ ص٦٢٤ .

(٤) أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند٣٨ (م) ص٩٥ .

آثار النطق بالحكم القضائى :

يترتب على النطق بالحكم القضائى مجموعة من الآثار الإيجابية والسلبية :

ومن الآثار الإيجابية المترتبة على النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية :

منح الحماية القضائية للمحكوم له ، بحكم يحوز الحجية القضائية ، ويقيد الخصوم بالرأى القضائى فى الدعوى القضائية .

كما أن ميعاد الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية فى قانون المرافعات المصرى يسرى - **كقاعدة** - من تاريخ النطق به . بالإضافة إلى أن قانون المرافعات المصرى يفترض أن المحكمة التى أصدرت الحكم القضائى فى الدعوى القضائية قد راعت الإجراءات واستوفت الشروط المنصوص عليها قانونا - **سواء عند مرحلة نظر الدعوى القضائية ، أو عند إصدار الحكم القضائى فيها** - وعلى الطاعن أن يثبت عكس ذلك .

ومن الآثار السلبية المترتبة على النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية :

خروج النزاع الذى صدر فيه الحكم القضائى من ولاية المحكمة ، ورفع يدها عنه . فلا يجوز لها أن تعدل عن حكمها ، أو أن تلغيه ، إلا إذا ألغى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من محكمة النقض ، وأعيدت إليها الدعوى القضائية مرة أخرى ، لإعادة الفصل فيها من جديد .

كتابة الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية :

يجب أن يكون الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية مكتوبا لأن الكتابة تعتبر عنصرا شكليا فيه .

ويوجب قانون المرافعات المصرى أن تكتب من الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية مسودة ، ونسخة أصلية .

أولا :

مسودة الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية :

مسودة الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية هى :

ورقة من أوراق المرافعات ، تشتمل على أسبابه وموقعة من رئيس الدائرة التى أصدرت الحكم القضائى فى الدعوى القضائية ، ومن القضاة الذين اشتركوا فى المداولة القضائية ، ويجب أن تودع عند النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية – **سواء صدر الحكم القضائى فى الدعوى القضائية فى جلسة المرافعة ، أم فى جلسة لاحقة** – وإلا كان الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية باطلا **" المادة (١٧٥) من قانون المرافعات المصرى "**

ويجب أن يوقع على مسودة الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية رئيس الدائرة التى أصدرته ، وجميع أعضاؤها الذين أصدروه . فإذا لم يوقع على مسودة الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية إلا عضوا واحدا ، ولو كان رئيس الدائرة التى أصدرت الحكم القضائى فى الدعوى القضائية ، فإن الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية عندئذ يكون باطلا [1] .

إلا أنه لايشترط تعدد توقيعات القضاة بتعدد أوراق مسودة الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، مادامت الورقة الأخيرة التى وقعوا عليها قد اشتملت على جزء من أسبابه ، إتصل بها منطوقه [2] .

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٣/١/١٥ – فى الطعن رقم (١١٤) – لسنة (٢٠) ق – مجموعة الخمسين عاما – بند٨٧ – ص٢٢٣٦ .

ولايكفى التوقيع على الورقة المشتملة على منطوق الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية فقط ، وإنما يجب التوقيع على كل من منطوقه وأسبابه ، إذا كتبا فى ورقتين منفصلتين [١] .

وتحفظ مسودة الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المشتملة على منطوقه ، وأسبابه بملف القضية ولاتعطى منها صورا ، ولكن يجوز للخصوم الإطلاع عليها ، إلى حين إتمام نسخته الأصلية " **المادة (١٧٧) من قانون المرافعات المصرى** "

والأصل أنه لايجوز تنفيذ الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية بموجب مسودته ، إلا أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بتنفيذه بموجب مسودته وبغير إعلانه ، فى المواد المستعجلة ، أو فى الأحوال التى يكون فيها التأخير ضارا . وفى هذه الحالة ، يسلم كاتب الجلسة مسودة الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية للمحضر ، وعلى المحضر أن يقوم بردها إليه بمجرد الإنتهاء من تنفيذه " **المادة (٢٨٦) من قانون المرافعات المصرى** " .

وإذا لم تودع مسودة الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية والمشتملة على منطوقه ، وأسبابه ، والمذيلة بتوقيعات رئيس الدائرة التى أصدرته ، وأعضاؤها ، عند النطق به ، فإنه يكون باطلا ، ويكون المتسبب فى البطلان عندئذ ملزما بالتعويضات ، إن كان لها وجه " **المادة (١٧٥) من قانون المرافعات المصرى** " .

---

[٢] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧١/١٢/٢٨ – مجموعة أحكام النقض – س (٢٢) – ص١١١٥ ، ١٩٧٥/١/٧ – مجموعة أحكام النقض – س (٢٦) – ص١٢٤ .

[١] **أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند٤١ ص٩٨ .**

ثانيا :

النسخة الأصلية للحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية :

بعد النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية فى جلسة علنية ، وكتابة مسودته ، يجب أن تحرر نسخته الأصلية ، والتى تعتبر أصلا ، فهى ليست نسخة ، وإن سميت كذلك [١] .

والعبرة فى الأحكام القضائية الصادرة فى الدعاوى القضائية هى بنسختها التى يحررها كاتب الجلسة المحددة للنطق بها ، ويوقع عليها هو ورئيس الدائرة التى أصدرتها ، وتحفظ بملف الدعوى القضائية ، وتكون المرجع فى أخذ الصور المختلفة منها ، بما فيها الصورة التنفيذية .

أما مسودة الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، فهى لاتعدو أن تكون ورقة لتحضيره ، الأمر الذى يخول للمحكمة كامل الحرية فى أن تجرى فيها ما تشاء من تعديلات - **سواء فيما يتعلق بالوقائع ، أم فيما يتعلق بالأسباب** - إلى وقت تحرير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، والتوقيع عليها .

فالنسخة الأصلية من الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية لاتغنى عن الحكم القضائى ذاته [٢] .

وتوجب المادة (١٧٩) من قانون المرافعات المصرى إيداع النسخة الأصلية للحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية فى ملف الدعوى

---

[١] أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند٣٣٧ ص ٦٢٨ .

[٢] أنظر : السيد عبد العال تمام - الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن - ص٨٧ .
عكس هذا : إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - الجزء الثانى - بند٣٧٩ ص٢٣١ . حيث يرى سيادته ضرورة المطابقة بين النسخة الأصلية للحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، ومسودته .

القضائية ، فى خلال أربع وعشرين ساعة ، من إيداع مسودته فى القضايا المستعجلة ، وسبعة أيام فى القضايا الأخرى ، وإلا كان المتسبب فى التأخير ملزما بالتعويض [١] .

ويمكن لأى شخص أن يحصل على صورة بسيطة من النسخة الأصلية للحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، ولو لم يكن له شأنا فى الدعوى القضائية ، بعد سداد الرسم المستحق " **المادة (١٨٠) من قانون المرافعات المصرى** " [٢] .

أما الصورة التنفيذية للحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، فلا يحصل عليها إلا الخصم الذى تعود عليه منفعة من تنفيذه ، ولاتسلم له إلا إذا كان جائزا تنفيذه " المادة (١٨١) من قانون المرافعات المصرى " .

مضمون الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية :

البيانات الواجب توافرها فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية " ديباجة الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية "

---

[١] فى بيان اختلاف فقه القانون الوضعى حول أثر عدم توقيع رئيس الدائرة التى أصدرت الحكم القضائى فى الدعوى القضائية على نسخة الحكم القضائى الأصلية ، أو قيام مانعا لديه يمنعه من تحرير نسخة الحكم القضائى الأصلية ، والتوقيع عليها ، بعد النطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية ، وإيداع مسودته ، أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند٤٥ ص١١٠ بند٤٨ ص١٢٢ ، وجدى راغب فهمى – النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات – الرسالة المشار إليها – ص٦٩٥ ، إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – الجزء الثانى – بند٣٧٩ ص ٢٣٠، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند٣٣٨ ص٦٣٤ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٧/٣/١ – مجموعة أحكام النقض – س (١٨) – ص٥٢٢ ، ١٩٨٢/٥/٣٠ – فى الطعن رقم (١٤٣٠) – لسنة (٤٨) ق .

[٢] **أنظر : إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – الجزء الثانى – بند٣٧٩ ص٢٣٢ .**

ديباجة الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية هى :

الجـــزء الأول

منه ، والتى تسبق أسبابه مباشرة ، وتعد بمثابة التمهيد لها .

ويجب أن تشتمل ديباجة الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية علـــى بيانات معينة نصت عليها المادة (١٧٨) **من قانون المرافعـــات المصـــرى وهذه البيانات هى :**

البيان الأول :

صدور الحكم القضائى فى الدعوى القضائية باســـم الشـــعب المصرى :

إغفال بيان صدور الحكم القضائى فى الدعوى القضائية باســـم الشـــعب المصرى لايترتب عليه بطلانه ، ولاينال من شرعيته ، أو يمـــس ذاتيتـــه ، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية فى حكمها القضـــائى الصـــادر عـــن الهيئتين الجنائية ، والمدنية مجتمعتين [1] ، مستندة فى ذلك إلى أن نصـــوص الدستور المصرى الحالى ، وقوانين السلطة القضائية المتعاقبة فى مصر ، لـــم يتعرض فيها المشرع الوضعى المصرى للبيانات الواجب توافرها فى الحكـــم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية .

كما أن النص على أن تصدر أحكام القضاء ، وتنفذ باسم الأمة ، أو الشـــعب يفصح عن أن هذا الصدور فى ذاته يكون أمـــرا مفترضـــا بقـــوة الدســـتور المصرى نفسه ، ولايحتاج إلى أى عمل إيجابى من أحـــد ، ولايعتـــبر مـــن بيانات الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، طبقا لنص المـــادتين

---

[1] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٤/١/٢١ – فى الطعن رقم (١٠٥٨) – لسنة (٤) ق .

(١٧٨) من قانون المرافعات المصرى ، (٣١٠) من قانون الإجراءات الجنائية المصرى [1] .

البيان الثانى :

إسم المحكمة التى أصدرت الحكم القضائى فى الدعوى القضائية :

إستقر قضاء محكمة النقض المصرية [2] على أنه لايترتب على إغفال إسم المحكمة التى أصدرت الحكم القضائى فى الدعوى القضائية ، ومكانها بطلانه ، لأنه ليس من البيانات الجوهرية .

كما أنه من المفروض أن المحكمة التى أصدرت الحكم القضائى فى الدعوى القضائية هى التى أودع ملفه قلم كتابها ، والتى نطق به فيها [3] .

---

(٢) وكانت محكمة النقض المصرية قد سارت لسنوات عديدة – وفى أحكام مضطردة – إلى اعتبار بيان صدور الحكم القضائى فى الدعوى القضائية باسم الشعب المصرى من البيانات الجوهرية فيه ، والذى يترتب على إغفاله ، بطلانه ، حيث أن ذلك ينال من شرعيته ، ويمس ذاتيته ، استنادا إلى نص المادة (٧٢) من الدستور المصرى الحالى ، وقد كان هذا الإتجاه من جانب محكمة النقض المصرية محلا لانتقاد فقه القانون الوضعى المصرى . أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ص٦٢٨ – الهامش رقم (١) ، أحمد فتحى سرور – الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية – الطبعة الرابعة – ١٩٨١– دار النهضة العربية – بند٦٣١ ص١١١٦ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٦/٤/٢٦ – مجموعة الخمسين عاما – الجزء الأول – المجلد الثالث – بند١٥٦– ص٢٢٥٩ ، ١٩٦٩/٦/٢٤ – مجموعة الخمسين عاما الجزء الأول – المجلد الثالث – بند١٥٧ – ص ٢٢٦٠ ، ١٩٧٤/١/١٠– مجموعة الخمسين عاما – الجزء الأول – المجلد الثالث – بند١٥٨– ص٢٢٦٥ .

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند٤٧ ص١٢٠

البيان الثالث :

تاريخ صدور الحكم القضائى فى الدعوى القضائية " تاريخ النطق به " :

لايعتبر هذا البيان من البيانات الجوهرية فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، والذى يؤدى الخطأ فيه إلى بطلانه ، لأن الأصل فى ثبوت تاريخ إصدار الحكم القضائى فى الدعوى القضائية هى بمحاضر الجلسات التى أعدت لإثبات مايجرى فيها [١] ، [٢] .

البيان الرابع :

بيان نوع المادة التى صدر فيها الحكم القضائى فى الدعوى القضائية :

عدم ذكر هذا البيان لايؤدى إلى بطلان الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، حيث لاتلتزم المحكمة التى أصدرت الحكم القضائى فى الدعوى القضائية بإيراد هذا البيان فيه ، إلا إذا كانت المادة التى صدر فيها تجارية ، أو مستعجلة . أما إذا كانت المادة التى صدر فيها مدنية ، فإنها لاتكون ملزمة بذكر هذا البيان فيه [٣] ، لأن الأحكام القضائية الصادرة فى

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٣/٢/١٧ – مجموعة أحكام النقض – س(٢٤) – ص٢٥٥ .

(٢) والعبرة فى إثبات تاريخ صدور الحكم القضائى فى الدعوى القضائية هى بالتقويم الميلادى ، وليس بالتقويم الهجرى ، أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٨/٥/١ – مجموعة أحكام النقض – فى الطعن رقم (١٤٣٠) – لسنة (٥٥) ق .

(٣) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٨/٥/٩ – مجموعة أحكام النقض – س (١٩) – ص٩٢٤ ، ١٩٧٧/٦/١ – مجموعة أحكام النقض – س (٢٨) – ص ١٣٤٠ .

المواد التجارية ، والمستعجلة تكون نافذة نفاذا معجلا بقوة القانون الوضعي المصرى .

وعدم ذكر نوع المادة فى هذه الحالة ، يؤدى إلى التباس الأمر على المحضر القائم بتنفيذ الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، ويجعله يمتنع عن تنفيذه .

البيان الخامس :

أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم القضائى فى الدعوى القضائية :

يترتب على عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم القضائى فى الدعوى القضائية ، فى ديباجته ، بطلانه [1] ، وهو يكون بطلانا من النظام العام فى مصر ، لأنه يتعلق بأسس النظام القضائى المصرى ، ويجوز التمسك به فى أية حالة تكون عليها الدعوى القضائية [2] .

إلا أن الخطأ فى بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم القضائى فى الدعوى القضائية لايؤدى إلى بطلانه ، طالما أمكن تصحيحه من واقع محضر جلسة النطق به ، والذى يعتبر مكملا له [3] .

البيان السادس :

إسم عضو النيابة العامة الذى أبدى رأيه فى القضية :

---

(1) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٢/٥/١٨ – مجموعة أحكام النقض – س (٢٣) – ص٩٥٩ .

(2) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨١/٦/٩ – فى الطعن رقم (١١٨٣) – لسنة (٥٠) ق ، ١٩٨٥/١٢/٣ – فى الطعن رقم (٢٨٣) – لسنة (٢٥) ق .

(3) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٢/٥/٩ – فى الطعن رقم (١٣٤٥) – لسنة (٤٨) ق

لايترتب على إغفال إسم عضو النيابة العامة الذى أبدى رأيه فى القضية فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية بطلانه ، لأنه ليس بيانا أساسيا ، طالما أن النيابة العامة قد أبدت رأيها بالفعل فى القضية ، فى المذكرة المقدمة منها ، وثبت ذلك فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية [١] ، [٢] .

البيان السابع :

أسماء الخصوم ، وصفاتهم ، ومواطنهم :

يترتب على إغفال بيان أسماء الخصوم ، وصفاتهم فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، أو الخطأ الجسيم فيه ، بطلانه ، لأنه من البيانات الجوهرية فيه ، بشرط أن يكون من شأن إغفال بيان أسماء الخصوم وصفاتهم فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، التشكيك فى حقيقة الخصم ، واتصاله بالخصومة القضائية المرددة فى الدعوى القضائية [٣] ، فليس أى نقص ، أو خطأ فى أسماء الخصوم ، وصفاتهم

---

(١) لايترتب بطلان الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، إذا خلا من بيان رأى النيابة العامة فى القضية ، بل أكثر من ذلك ، فإن خلوه ، ومحضر النطق به مما يفيد تمثيل النيابة العامة ، لايترتب عليه بطلانه ، أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٩/١/٩ – فى الطعن رقم (٢٢١٠) – لسنة (٥٣) ق ، ١٩٩٢/٩/١٩ – فى الطعن رقم (٢٩) – لسنة (٦١) ق .

(٢) لايترتب على إغفال ذكر إسم كاتب الجلسة فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، أو خلوه من توقيعه ، بطلانه ، لأن الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية – كعمل إجرائى – هو من عمل القضاة ، وليس من عمل كاتب الجلسة ، وأن عمل الكاتب لايعدو نقل مادونه القاضى . ومن ثم ، فإن إغفال توقيع كاتب الجلسة على نسخة الحكم القضائى الأصلية ، لايترتب عليه بطلانه ، مادام أن عليه توقيع رئيس الجلسة ، أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٥/٢/١٦ مجموعة أحكام النقض – س (١٦) – ص١٢٧٨ .

كما يشترط كذلك لترتيب بطلان الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، نتيجة لإغفال أسماء الخصوم وصفاتهم فيه ، أن يكون خصما حقيقيا ، أى وجهت منه ، أو إليه طلبات قضائية .

أما إذا كان الشخص الذى أغفل بيان إسمه ، أو صفته فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية لاشأن له بالخصومة القضائية ، بأن لم توجه إليه طلبات قضائية ، أو يوجه هو إلى غيره من الخصوم فى الدعوى القضائية طلبات قضائية ، فإنه لايترتب على إغفال بيان إسمه ، أو صفته بطلان الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية [٢] .

أما فيما يتعلق بموطن الخصوم فى الدعوى القضائية ، فإن إغفاله لايترتب عليه بطلان الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، مادام قد ذكر فيه إسمه ، ولقبه ، ووظيفته ، ومحل عمله [٣] .

---

(٣) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٢/١/٤ – مجموعة أحكام النقض – س (١٣) – ص٤٢ ، ١٩٦٤/٣/٣٠ – مجموعة أحكام النقض – س (١٥) – ص٢٩٧ ، ١٩٩٢/٥/١٣ – فى الطعن رقم (٣٣) – لسنة (٥٧) ق .

(١) أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص٩٥ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٣/١٢/٣١ – فى الطعن رقم (١٧٩) – لسنة (٢١) ق ، ١٩٨١/٣/٣١ – فى الطعن رقم (٦٥٣) – لسنة (٤٧) ق .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٤٩/١/١ – فى الطعن رقم (٢٢٣) – لسنة (٤٤) ق ، ١٩٨٥/٣/١١ – فى الطعن رقم (٨٤٩) – لسنة (٥١) ق ، ١٩٩٢/٣/١٩ – فى الطعن رقم (٢١٤٩) – لسنة (٥٧) ق .

(٣) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧١/١/٦ – مجموعة أحكام النقض – س (٢٢) – ص٢٧ .

البيان الثامن :

عرضا مجملا لوقائع الدعوى القضائية :

يكفى أن يذكر فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية بإيجاز مايكون ذكره من وقائعها ضروريا للفصل فيها ، لتعلقه بسير الخصومة القضائية فيها [١] .

وإذا لم يشتمل الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية على الوقائع الضرورية للفصل فى الدعوى القضائية ، فإنه يكون باطلا [٢] .

البيان التاسع :

طلبات الخصوم فى الدعوى القضائية ، وخلاصة موجزة لدفوعهم ، ودفاعهم الجوهرى :

كانت المادة (١٧٨) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ تتطلب أن يتضمن الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية بيانا بكل ماقدمه الخصوم من طلبات ، أو دفاع ، أو دفوع وخلاصة ما استندوا إليه من الأدلة الواقعية ، والحجج القانونية .

---

[١] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٩/٦/٢١– فى الطعن رقم (٢٢٦١) – لسنة (٥٦) ق ، ١٩٨٦/٣/٣ – فى الطعن رقم (١٥٨٦) – لسنة (٥) ق . حيث قضى فى هذا الحكم الأخير بأنه : " المقصود بالعرض المجمل لوقائع الدعوى القضائية فى الحكم القضائى الصادر فيها ، وفقا للتعديل التشريعى الذى جرى على نص المادة (١٧٨) من قانون المرافعات المصرى ، هو وجوب الإقتصار على اشتمال الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية لعرض وجيز لوقائع النزاع ، وإجمال للجوهرى من دفاع طرفيه ، وإيراد الأسباب التى تحمل قضاء المحكمة فيها . أما تفصيل الخطوات ، والمراحل التى قطعها النزاع أمام المحكمة ، فإنه تزيد لاطائل من وراءه ، وقد يضيع فى غمارها أمام القاضى معالم الطريق إلى نقاط النزاع الجوهرية . ولذلك ، فإنه يغنى عن الإشارة إليها ماتسجله محاضر الجلسات " .

[٢] أنظر : فتحى والى – الوسيط – بند ٣٣٨ ص٦٣٢ ، السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص٩٦ .

كما كان يتعين على القاضى تضمين أسباب الحكم القضائى بيـــان المراحــل التى قطعها النزاع ، وذكر الأوراق ، والمستندات ، والوثـــائق التـــى قدمـــها الخصوم ، ولو لم يكن يقتضيها الفصل فى الـــنزاع ، أو يتعلـــق بـــها دفـــاع جوهرى للخصوم ، وكان يقصد بذلك ، بيان وقائع الدعوى القضائيـــة علـــى نحو تفصيلى .

وقد عدلت المادة (١٧٨) من قانون المرافعات المصرى ، بموجب القانون الوضعى المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٧٣، واكتفى المشـــرع الوضعـــى المصرى فيها بأن يشتمل الحكم القضائى على بيان بطلبـــات الخصـــوم فـــى الدعوى القضائية ، وخلاصة موجزة لدفوعهم ، ودفاعهم الجوهرى .

وكان الهدف من هذا التعديل التشريعى **كما جاء فى المذكـــرة الإيضاحيـــة للقانون المذكور**[١] – هو الحد من مشكلة الإسراف فـــى تســـبيب الأحكـــام القضائية ، والتخفيف عن كاهل القضاة ، باستبعاد بيـــان مراحـــل الدعـــوى القضائية ، أى تفصيل الخطوات ، والمراحل التى قطعها النزاع أمام المحـــاكم بقصد توفير جهد القاضى ، ووقته ، وإتاحة المجال أمامه لمزيد من الإنتـــاج مع عدم الإخلال فى ذات الوقت بالضمانات الأساسية للأحكام القضائية .

والهدف من بيان طلبات الخصوم ، وخلاصة موجزة لدفوعـــهم ، ودفاعـــهم الجوهرى فى الحكم القضائى ، هو معرفة نطاق سلطة المحكمة فى الفصـــل فى الدعوى القضائية ، لأن الأصل هو اقتصار التزام المحكمة بالفصل فـــى الطلبات المطروحة عليها ، وفى حدود مايكون مطلوبا منها فقط ، فلا يجـــوز لها أن تحكم بأكثر ، أو بغير ماطلبه الخصوم فى الدعوى القضائية .

---

(١) راجع : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٧٣ بشأن تعديل بعـض أحكام قانون المرافعات المصرى .

الحكم القضائى ، ومدى احترامها لحقوق الدفاع للخصوم فى الدعوى القضائية [1] .

وتلتزم المحكمة فى الحكم القضائى الصادر منها ببيان كافة طلبات الخصوم فى الدعوى القضائية ، سواء الطلبات الأصلية ، أو العارضة .

كما يشترط ألا يكون ذكرها لمجمل وقائع الدعوى القضائية على نحو يعجز محكمة النقض المصرية عن قيامها بمراقبة الحكم القضائى الصادر منها ، لتتبين ما إذا كانت قد وقعت فيه مخالفة للقانون ، أو خطأ فى تطبيقه فإن شابه شيئا من ذلك ، فإنه يكون معيبا بقصور يبطله [2].

أما فيما يتعلق بأوجه الدفاع ، فإن المحكمة لاتلتزم إلا ببيان الجوهرى منها فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية [3] ، بحيث إذا أغفلت المحكمة الرد عليها فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، فإنها تكون قد أخلت بحقوق الدفاع للخصوم فيها [4] .

بعكس الدفوع ، والتى يتعين إيرادها جميعا ، ، والرد عليها فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، وإلا كان باطلا [5] .

---

(١) أنظر : فتحي والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند٣٣٨ص٦٣٢ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨١/٣/١٤ – مجموعة الخمسين عاما – المجلد الثالث – بند٢٦ص٢٢٩٠ .

(٣) ويقصد بالدفاع الجوهرى : الدفاع الذى يؤثر فى النتيجة التى انتهى إليها الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، بحيث لو كانت المحكمة قد بحثته ، لجاز أن تتغير به هذه النتيجة ، أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٣/١/٢٥ مجموعة أحكام النقض – س (٢٤) – ص٩٨ ، ١٩٧٦/٣/٣٠ – فى الطعن رقم (٥٩٢) – لسنة (٤٠) ق ، ١٩٧٦/٦/٢٢ – مجموعة أحكام النقض س (١٨) – ص١٣٤٨ ، ١٩٨٠/٣/٤– مجموعة الخمسين عاما – المجلد الثالث – بند٢٥٩ – ص٢٢٨٩ .

(٤) أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات بند٤٧ ص١٢٣

إلا أن المحكمة تكون غير ملزمة بتتبـع الخصـوم فـى مختلـف أقوالـهم وحججهم ، وطلباتهم ، والرد استقلالا على كل قول ، أو حجـة ، أو طلـب قضائيا كانوا قد أثاروه ، مادام أن قيام الحقيقة التى اقتنعـت بـها ، وأوردت دليلها ، كان فيها الرد الضمنى المسقط لتلك الأقوال ، والحجج ، والطلبـات القضائية (١) .

البيان العاشر :

أسباب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية :

أسباب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائيـة - أى **حيثياتـه - وهى الجزء الذى يسبق المنطوق مباشـرة ، ويتضمـن الأسـانيد الواقعيـة والحجج القانونية** التى بنت المحكمة عليها قضاءها .

البيان الحادى عشر :

منطوق الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية

منطوق الحكم القضائى فى الدعوى القضائية هو :

الجـزء الأخـير

من الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، والذى يتضمـن قـرار المحكمة فى الطلبات القضائية المطروحة عليها .

وتتقيد المحكمة فى منطوق الحكم القضائى الصادر منها فى الدعوى القضائية بطلبات الخصوم ، فهى لاتفصل إلا فيما يقدم إليـها مـن طلبـات قضائيـة ولاتقضى بأكثر ، أو بغير ماطلب منها .

وتلتزم المحكمة بالفصل فى كل الطلبات القضائية المقدمة إليها .

---

(٥) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٤/١١/٢٦ - فى الطعن رقم (٨٥) - لسنة (٥٤) ق

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٤/١١/٢٦ - فى الطعن رقم (٨٥) - لسنة (٥٤) ق .

وإذا أغفلت الفصل فى بعض الطلبات القضائية الموضوعية المقدمة إليها من الخصوم فى الدعوى القضائية ، فإنه يجب على الخصم صاحب المصلحة فى الفصل فيها أن يعلن خصمه للحضور أمام نفس المحكمة ، لنظر هذه الطلبات القضائية الموضوعية والحكم فيها " **المادة (١٩٣) من قانون المرافعات المصرى** " .

والأصل أن يرد منطوق الحكم القضائى فى الدعوى القضائية فى نهايته ومشتملا على قضاء المحكمة ، إلا أنه قد تتضمن أسباب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية فى بعض الأحيان القضاء فى بعض طلبات الخصوم ، بسبب عدم دقة الصياغة ، أو بسبب تعدد الطلبات القضائية المرتبطة بعضها ببعض ، وتشتمل على قرار قضائى ، يفصل فى مسألة معينة ، بحيث يعد جزء من المنطوق ، ومكملا له ، رغم وجوده ضمن أسباب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية [١] .

وقد تضمن المحكمة منطوق حكمها القضائى فى الدعوى القضائية سبب قضائها ، وهى إن فعلت ذلك ، تكون قد تزيدت ، لأن أسباب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية لاترد فى منطوقه [٢] ، [٣] ، [٤] .

---

[١] **أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٢/٢/٨– مجموعة أحكام النقض – س (٢٣) – ص١٣٣ .**

[٢] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٧/١١/١٤– مجموعة أحكام النقض – س (٨) – ص٧٩٨ .

[٣] إذا تعارضت أسباب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية مع منطوقه ، فإن العبرة تكون بالمنطوق وحده ، ويكون الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية عندئذ غير محمول على أسباب ، أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٦/٣/٢٢ – مجموعة أحكام النقض – س (٧) – ص٣٥١ .

[٤] لايؤثر فى سلامة الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ماورد فى أسبابه من خطأ فى بعض التقريرات القانونية ، مادام منطوقه قد جاء موافقا للتطبيق الصحيح للقانون الوضعى ، على الوقائع الثابتة

وإذا وقع تناقضا فى منطوق الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، بحيث لايعرف المنطوق الحقيقى ، أو وجد تناقضا بين أجزائه بحيث لاتستقيم معا ، فإن ذلك يؤدى إلى بطلانه ، إذ لايمكن أن يحقق منطوق الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية وظيفته فى مثل هذه الحالات [١] .

والترتيب الوارد فى المادة (١٧٨) من قانون المرافعات المصرى - والمعدلة **بالقانون الوضعى المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٧٣** - بشأن البيانات التى يجب تدوينها فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ليس ترتيبا حتميا ، يترتب على الإخلال به ، بطلان الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، فيجوز أن تورد المحكمة الأدلة الواقعية ، والحجج القانونية التى استند إليها الخصوم فى الدعوى القضائية فى ثنايا أسباب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، والتى تكفلت بالرد عليها [٢] .

كما لايعيب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية عدم اشتماله على بيان معين لم يرد ذكره ضمن البيانات الواجب توافرها فيه ، لأن الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية - **وباعتباره عملا إجرائيا** - لايبطل لخلوه من بيان - **مهما كانت أهميته** - لم يتطلبه القانون الوضعى [٣] .

فيه ، أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٠/١١/١٠ - مجموعة أحكام النقض - س (١١) - ص٥٦٣ .

[١] **أنظر** : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند٣٣٨ ص٦٣٤ .

[٢] أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٦/٤/٢٦ - مجموعة أحكام النقض - س (٧) - ص٥٥٣ ، ١٩٦٤/١٢/٣١ - مجموعة أحكام النقض - س (١٥) - ص ١٢٨٨ ، ١٩٦٦/٤/٥ - مجموعة أحكام النقض - س (١٧) ص٧٩٧ .

[٣] أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند٣٣٨ ص٦٣٥ .

لذلك ، فإن الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية لايبطل ، لعدم اشتماله على بيان رقم الدعوى القضائية [١] ، أو إثبات حلف عضوى هيئة المحكمة لليمين القانونية [٢] ، أو عدم اشتماله على بيان إسم كاتب الجلسة المحددة للنطق بالحكم به [٣] ، أو الخطأ فى اسم وكيل الخصم فى الدعوى القضائية ، أو اختلاف هذا الإسم فى محضر الجلسة المحددة للنطق بالحكم القضائى فى الدعوى القضائية ، عنه فى الحكم القضائى[٤] .

والحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية - **وباعتباره عملا إجرائيا** - يجب أن يكون مستوفيا بذاته لشروط صحته ، فلا يقبل تكملة **مانقص فيه من البيانات الجوهرية - والتى يستلزمها قانون المرافعات المصرى** - بأى دليل غير مستمد منه [٥] .

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٣/٤/٢٦ - مجموعة أحكام النقض - س (٢٤) - ص٦٨٢ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٢/٢/٢٦ - مجموعة أحكام النقض - س (٢٣) - ص٢٥٥ .

(٣) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٧/٣/١ - مجموعة أحكام النقض - س (١٨) - ص٥٢٢ .

(٤) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٤/١/١٩ - مجموعة أحكام النقض - س (٢٥) - ص١٨٧ .

(٥) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦١/٢/٢٥ - مجموعة أحكام النقض - س (١٢) - ص٣٠ .

كما أن الحكم القضائى الصادر فى الدعـوى القضائيـة – وباعتبـاره محررا رسميا – لايجوز إقامة الدليل على مخالفة بياناته للواقع ، إلا بطريـق الإدعاء بالتزوير [١] .

تسبيب الأحكام القضائية الصادرة فى الدعاوى القضائية [٢] :

المقصود بتسبيب الأحكام القضائية الصادرة فى الدعاوى القضائية

يقصد بتسبيب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية :

بيـــان

الأدلة الواقعية ، والأسانيد القانونية ، والتى اعتمدتها المحكمة ، وأقامت عليها

---

[١] أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند٤٧ ص١١٤ ، السيد عبد العـال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٠١ .

[٢] فى دراسة تسبيب الأحكام القضائية ، أنظر :

CHEVALLIER : La motivation des actes juridiction des decisions de justice . These . Poitier . 1979 ; P . LONDON : La motivation des arrets de la cour de cassastion . J.C . P 1975 . 1 . 2681 .

وانظـر أيضـا : محمـد حـامد فـهمى – النقـض فى المـواد المدنيـة ، والتجاريـة – ١٩٣٧ بند١٨٥ص٤٢٢ومابعدها ، تسبيب الأحكام فى المواد المدنية – مقالة منشورة فى مجلة القانون ، والإقتصاد – السنة الخامسة – ١٩٣٥ – ص ص٥٩٣-٦٣٢ ، أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكـام فى قـانون المرافعات – ص ص١٧٤-٣٠٤ ، تسبيب الأحكام فى المواد المدنية ، والتجارية – مجلة الحقـوق – تصدرها كلية الحقوق – جامعة الأسكندرية – السنة الثانية – العدد الثـانى –١٩٥٧–ص ص٣-٩٨ ، عزمى عبد الفتاح – تسبيب الأحكام ، وأعمال القضاة فى المواد المدنية ، والتجارية – الطبعـة الأولى– ١٩٨٣ ، أحمد السيد صاوى – نطاق رقابة محكمة النقض – ١٩٨٤ – دار النهضة العربية – نبيـل إسماعيل عمر – النظرية العامة للطعن بالنقض – ١٩٨٠ – منشأة المعـارف بالأسـكندرية – أحمـد مليجى موسى– أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى – ١٩٩١– دار النهضة العربية .

قضائها ، واقتنعت بها ، وجعلتها تصدر حكمها القضائى فى الدعوى القضائية المعروضة عليها ، على النحو الذى .

وتتحقق عملية تسبيب الحكم القضائى من خلال إلمام القاضى بالوقائع التى طرحها عليه الخصوم فى الدعوى القضائية ، وفقا لقواعد ، وطرق الإثبات المقررة قانونا ، واختيار الصحيح منها ، ثم إضفاء الوصف القانونى الصحيح عليها ، أى تكييفها تكييفا قانونيا صحيحا ، تمهيدا لتطبيق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها .

والقاضى العام فى الدولة فى ذلك ، لايتقيد بوصف الخصوم للوقائع ، أو بتكييفهم للدعوى القضائية ، فذلك لايقيده ، ولايمنعه من فهم الدعوى القضائية على حقيقتها ، وإعطائها التكييف القانونى الصحيح [١] ، [٢] .

نطاق التزام المحاكم بتسبيب الأحكام القضائية الصادرة فى الدعاوى القضائية :

تلتزم جميع محاكم القضاء المدنى – وعلى اختلاف أنواعها ، ودرجاتها – بتسبيب جميع الأحكام القضائية الصادرة منها فى الدعاوى القضائية المعروضة عليها . بما فى ذلك ، الأحكام القضائية الصادرة فى الدعاوى

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٧/١/٣١– فى الطعن رقم (١١٠٣) – لسنة (٥٥) ق ، ١٩٨٢/٢/٢٨– فى الطعن رقم (١٠٩٦) – لسنة (٤٨) ق .

(٢) فى بيان الفوائد التى يحققها تسبيب الأحكام القضائية الصادرة فى الدعاوى القضائية ، أنظر : محمد حامد فهمى – المرافعات المدنية ، والتجارية –١٩٤٠– بند٦٢٧ص٦٢٨ ، إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – الجزء الثانى – بند١٨٤ص٥١ ، رءوف عبيد – ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية ، وأوامر التصرف فى التحقيق – الطبعة الثانية –١٩٧٧ – ص٦ ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند٣٣٩ص٦٣٧ . وانظر أيضا : نقض جنائى مصرى جلسة ١٩٢٩/٢/٢١– القواعد القانونية – الجزء الأول – بند١٧٠ص١٧٨ ، نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٣١/١١/١٩– فى الطعن رقم (٢) – لسنة (١) ق – مجموعة الخمسين عاما – المجلد الثالث – بند٢٣٩ص٢٢٨٤ .

المعروضة عليها . بما فى ذلك ، الأحكام القضائية الصادرة فى الدعاوى القضائية من المحاكم الإستثنائية [١] .

إلا أنه لايلزم تسبيب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، إذا أفصح فى ذاته عن سبب إصداره ، لانتفاء الفائدة التى يمكن أن تجنى من تبرير الرأى الذى انتهى إليه الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من ناحية ، ولتمكين المحكمة من سرعة الفصل فى القضايا المطروحة عليها من ناحية أخرى [٢] .

كما أنه لايلزم تسبيب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية إذا نص القانون الوضعى المصرى صراحة على إعفاء بعض الأحكام القضائية الصادرة فى بعض من الدعاوى القضائية من ضمانة التسبيب ، والذى قد يرجع إلى موضوع الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية وطبيعته [٣] – **كالأحكام القضائية الصادرة بإجراءات الإثبات " المادة (١/٥) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ "** – والحكم القضائى الصادر بإحالة الدعوى القضائية للتحقيق ، لسماع شاهد ، أو استجواب خصما ، أو إجراء معاينة ، أو ندب خبيرا [٤] .

---

(١) **أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٠٥ ، ١٠٦ .**

(٢) أنظر : إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – الجزء الثانى – بند٣٨٤ ص٢٥١ .

(٣) أنظر : عزمى عبد الفتاح – تسبيب الأحكام ، وأعمال القضاة – ص٨٧ .

(٤) **أنظر : محمود جمال الدين زكى – الخبرة فى المواد المدنية ، والتجارية – ١٩٩٠ – مطبعة جامعة القاهرة – بند١ ص١٥ ، ١٦ ، السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٠٦ .**

أما إذا اشتمل الحكم القضائى الصادر باتخاذ إجراء من إجـــراءات الإثبـــات على قضاء قطعى ، فإنه يلزم تسبيبه " **المادة (١/٥) من قـــانون الإثبـــات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨** " - سواء كان الحكم القضائى القطعـــى قد فصل فى شق من النزاع المعروض على المحكمة للفصل فيـــه ، أو فـــى مسألة إجرائية - **كاختصاص المحكمة بنظر الدعوى القضائيـــة المعروضـــة عليها ، للفصل فيها ، أو قبول الدعوى القضائية ، أو فى قبول الإثبات فـــى الدعوى القضائية المعروضة على المحكمة للفصل فيها بطريـــق معيـــن** - ويستوى أن يرد القضاء فى منطوق الحكم القضائى الصـــادر فـــى الدعـــوى القضائية ، أو فى أسبابه [1] .

إلى أنه يلزم تسبيب الحكم القضائى الصادر برفض طلب اتخاذ إجـــراء مـــن إجراءات الإثبات فى الدعوى القضائية ، متى أبدى فـــى صـــورة صريحـــة وواضحة ، وإلا كان الحكم القضائى الصادر عندئذ قاصرا ومخلا بحقـــوق الدفاع للخصوم فى الدعوى القضائية [2] .

كما لايلزم تسبيب بعضا من الأحكام القضائية الصادرة فى بعـــض مـــن الدعاوى القضائية ، بالنظر إلى موضوعها - **كـــالحكم القضـــائى الصـــادر بتحديد جلسة لنظر الدعوى القضائية ، والحكم القضـــائى الصـــادر بضـــم الدعاوى القضائية المرتبطة ، أو الفصل بينها ، والحكم القضائى الصـــادر بتأجيل نظر الدعوى القضائية ، والحكم القضائى الصادر بقفل باب المرافعة فى الدعوى القضائية ، أو بمد أجل النطق بالحكم القضـــائى فـــى الدعـــوى القضائية ، والحكم القضائى الصادر بالزام الخاسر فى الدعـــوى القضائيـــة**

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام فى قانون المرافعات - بند٦٩ ص١٨٠ ، عزمى عبـــد الفتاح - تسبيب الأحكام ، وأعمال القضاة - ص٨٥ومابعدها .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨١/٥/٢٩ - فى الطعن رقم (١٥٦) - لسنة (٤٨) ق ، ١٩٨٤/٢/٩- فى الطعن رقم (١٩٢) - لسنة (٤٩) ق .

بمصاريف الخصومة القضائية . وبصفة عامة ، فإنه لايلزم تسبيب الأحكام القضائية التى يخضع إصدارها للسلطة التقديرية المطلقة للمحكمة المعروضة عليها الدعوى القضائية ، للفصل فيها ، وأحكام الإلزام التبعية ، والتى لاتكون إلا نتيجة قانونية لحكم الإلزام الأصلى – **كالحكم القضائى الصادر بإلزام المدين بدفع الفوائد القانونية للدين ، من يوم المطالبة القضائية** [1] .

شروط صحة تسبيب الأحكام القضائية الصادرة فى الدعاوى القضائية :

لايحقق تسبيب الأحكام القضائية الصادرة فى الدعاوى القضائية أغراضه ، إلا إذا توافرت فيه الشروط الآتية :

الشرط الأول :

أن يكون تسبيب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائي كافيا :

بمعنى ، أن تكون الأسباب الواردة فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية كاملة ، حتى تكفى لحمله ، وتبرر النتيجة الواردة فيه . فأحكام المحاكم الصادرة فى الدعاوى القضائية المعروضة عليها ، للفصل فيها ، يجب أن تكون مبنية على أسباب واضحة ، جلية ، وكافية ، تحمل الدليل على أن القاضى بحث النزاع المطروح أمامه للفصل فيه بحثا دقيقا وعلى أنه فيما قضى به ، كان مجريا أحكام القانون الوضعى [2] .

---

[1] أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند٣٣٩ ص٨٢٦ ، السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٠٧ .

[2] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٣٣/١١/١٦ – مجموعة الخمسين عاما – المجلد الثالث – بند٣٠١ ص٢٢٩٧ .

وتسبيب الأحكام القضائية الصادرة فى الدعاوى القضائيـــة لايكون كافيا ، إلا إذا اشتمل على النقاط الآتية :

النقطة الأولى :

أن ترد المحكمة فى تسبيب الحكم القضـــائى الصـــادر فـــى الدعوى القضائية المعروضة عليها ، للفصل فيها ، على كل طلب ، أو دفاع أو دفع فيها :

تلتزم المحكمة المعروضة عليها الدعوى القضائيـــة ، للفصـــل فيـــها ، بالرد على كل طلب قضائى هام للخصم ، أو دفع جوهرى فيها ، مادام قد تـم تقديمه بالطريق القانونى ، وإلا كان الحكم القضـــائى الصـــادر عندئــذ فـــى الدعوى القضائية مشوبا بالقصور فى التسبيب .

إلا أن ذلك لايعنى مصادرة سلطة قاضى الموضوع فى تحصيل فهم الواقـــع فى الدعوى القضائية المعروضة عليه للفصل فيها ، وبحسبه أن يبين الحقيقـــة التى اقتنع بها ، وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة ، تكفى لحمله ، ولاعليـــه بعد ذلك أن يتتبع الخصوم فى مختلـــف أقوالـــهم ، وحججـــهم ، وطلباتـــهم القضائية ، ثم يرد استقلالا على كل قول ، أوحجة ، أو طلب قضائى أثـــاروه مادام أن قيام الحقيقة التى اقتنع بها ، وأورد دليلها ، كان فيه الرد الضمنـــى المسقط لتلك الأقوال ، والحجج والطلبات القضائية [1] .

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٤/٣/٦، ١٩٧٤/٣/٢٦ ، ١٩٧٤/١٢/١٠- مجموعـــة الخمسين عاما – المجلد الثالث – بند٢٩٥ ص٢٢٩٦ .

وتلتزم المحكمة بالرد على الطلبات القضائية ، وأوجه الدفـاع المختلفـة للخصوم فى الدعوى القضائية سواء قدمت من الخصوم [١] ، أو كـانت قـد أثارتها من تلقاء نفسها .

والنقطة الثانية :

يجب أن تشتمل أسباب الحكـم القضـائى الصـادر فـى الدعوى القضائية الرد على طلبات الخصوم القضائيـة ، وأوجـه دفاعـهم الجوهرية فيها ، والمتعلقة بموضوع الدعوى القضائية :

والطلب القضائى الجوهرى للخصم فى الدعوى القضائية هو :

الطلب القضائى الذى يتغير به وجه الدعوى القضائية لو كان صحيحا .

أما الدفاع الجوهرى للخصم فى الدعوى القضائية فهو :

دفاع الخصم الذى يتطلب من المحكمة الرد عليه ، وتمكين الخصم الآخر مـن الرد عليه ، ولو تطلب الأمر من المحكمة إعادة فتـح بـاب المرافعـة فـى الدعوى القضائية ، لبحث هذا الدفاع ، ولتمكين الخصم الآخـر مـن الـرد عليه [٢] ، [٣] .

---

(١) **المحكمة تكون غير ملزمة بالرد على الحجج ، والأسانيد المقدمة من الخصوم فى الدعوى القضائية صراحة ، أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكـام ، وطرق الطعن – ص١٠٩ .**

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند٩٦ ص٢٤٧ . وانظر أيضـا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٨/٥/١٥ – مجموعـة أحكـام النقـض – س (٩) – ص٤٧٠ ، ١٩٦٥/٥/٢٧ – مجموعة أحكام النقض – س (١٦) – ص٦٥٥ .

(٣) لايوجد مايمنع من أن تورد المحكمة سببا واحدا للرد على أكثر من ادعاء ، مادام أن هـذا السـبب يكون كافيا لدحضها ، أو أن تورد سببا واحدا لعدة قرارات ، مادام أنه كان كافيـا لحملـها ، أنظـر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند٣٣٩ ص٦٤٤ ، السيد عبـد العـال تمـام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١١٠ .

أما إذا كان دفاع الخصم فى الدعوى القضائيـــة غـــير جوهـــرى ، أو كـــان جوهريا ، ولكنه عاريا من الدليل ، فإن المحكمة لاتلتزم بالرد عليه [1] .

ويشترط فى طلب ، أو دفاع الخصم فى الدعوى القضائية ، والذى تلـتزم المحكمة بالرد عليه فى أسباب حكمها القضائى ، أن يقدم إليـــها فـــى شـــكل صريح ، وعلى وجه حازم ، يكشف عن المقصود منه ، ويظهر إصرار مـــن صاحبه على الرد عليه [2] ، بحيث يقرع سمع المحكمة ، ويقتضيها الإجابـــة عليه [3] .

أما إذا كان طلب الخصم فى الدعوى القضائية من قبيل المرسل من القـــول - **الذى لا إلزام على محكمة الموضوع بالإلتفات إليه** - فإنه لايعيـــب الحكـــم القضائى الصادر منها عندئذ مايكون قد ردت به عليه - **أيا كان وجه الـــرأى فى ردها** [4] .

كما يشترط لالتزام المحكمة بالرد على طلبات الخصوم فـــى الدعـــوى القضائية ، ودفاعهم ، ودفوعهم ، وتضمينه أســـباب حكمـــها القضـــائى ، أن يكون قد تم تقديمها قبل قفل باب المرافعة فى الدعوى القضائية ، لأنه وبعـــد

---

(1) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٤/١٢/١٢ - مجموعة أحكام النقـــض - س (٢٥) - ص١٤٢٧ .

(2) **أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٢/٥/٦ - فى الطعـــن رقـــم (٤٩٠) - لسنة (٨) ق ، ١٩٨٨/٦/٦ - فى الطعن رقم (١٤٧) - لسنة (٥٤) ق .**

(٣) أنظر : السيد عبد العال تمام - الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن - ص١١٠ .

(4) **أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٩/٦/٣٠ - مجموعة أحكام النقض - س (٣) - العدد الثانى - ص٧٩٢ .**

حجز الدعوى القضائية للحكم فى موضوعها ، تصبح فى حـــوزة المحكمـــة ويمتنع تقديم أية مذكرات ، أو دفاع فيها ، إلا إذا صرحت المحكمة للخصـــوم بتقديم مذكرات فى ميعاد معين [(١)] .

ولا تثريب على المحكمة إذا لم تستجب للطلب المقدم إليها بفتح باب المرافعـة والتصريح بتقديم مستند ما ، لأن الأمر يكون متروكـــا لتقديرهـــا - حسـبما **يطمئن إليه وجدانها** - طالما وجدت فى عناصر الدعوى القضائية مـــايكفى لتكوين عقيدتها [(٢)] .

إلا أن المحكمة تلتزم بفتح باب المرافعة فى الدعـــوى القضائيـــة ، إذا كـــان **الطلب المقدم إليها بفتح باب المرافعة فى الدعوى القضائية جديا** . وهو يكـــون كذلك ، إذا كان من شأن إغفاله ، الإخلال بمبدأ المواجهة بين الخصوم فـــى الإجراءات القضائية ، أو يمثل إغفاله خروجا على القواعد الأساسية - **والتى تكفل عدالة التقاضى** [(٣)] ، أو بنى على سبب جديد جوهرى ، طرأ بعد قفـــل **باب المرافعة فى الدعوى القضائية** [(٤)] .

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٩/٦/٣٠ - مجموعة أحكـــام النقـــض - س (١٧) - ص٩٣٨ . ١٩٨٨/١/١٩- فى الطعن رقم (٢٠٠١) - لسنة (٥٣) ق .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٨/٤/ ١٩٨٥- فى الطعن رقم (٨٩٥) - لسنة (٦٣) ق ، ٢٠/٥/ ١٩٨٦- فى الطعن رقم (٢٠٦٢) - لسنة (٥٢) ق .

(٣) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٨/٣/٢٩ - مجموعـــة أحكـــام النقـــض - س (٢٩) ص٨٨٧ ، ١٩٧٨/١٢/٧- مجموعة أحكام النقض - س (٢٩) - ص٨٦٥ .

(٤) **أنظر : رءوف عبيد - تسبيب الأحكام - ص١٦٨ . وانظر أيضـــا : نقـــض مدنـــى مصرى جلسة ١٩٨٥/٤/١٨- فى الطعن رقم (٨٩٥) - لسنة (٦٣) ق .**

الشرط الثانى :

أن تبرر المحكمة رأيها بالنسبة لكل قضاء ورد فى منطوق الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، ببيان أسبابه الواقعية والقانونية :

إذا كان قاضى الموضوع يستقل بتقدير وقائع الدعوى القضائية وتحصيل فهمها ، طالما أنه التزم فى ذلك باتباع قواعد الإثبات المقررة قانونا فإن رقابة محكمة النقض تنحصر عنه ، إلا أن سلطة قاضى الموضوع فى هذا الشأن ليست مطلقة ، وليس صحيحا أنه لايخضع لأية رقابة ، وإنما هو مطالبا بأن يورد فى أسباب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية بيان العناصر الواقعية فيها ، وتحصيل فهمه لها ، لأن هذا البيان يكون ضروريا ، لإمكان تكييف الواقع فيها ، وتطبيق حكم القانون الوضعى عليه والتكييف ، والتطبيق يدخلان تحت رقابة محكمة النقض [١] .

فالأسباب الواقعية هى أساس ، ومحور تطبيق القاعدة القانونية ، لأنه يتوقف على تعيينها ، تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق [٢] .

ولذلك ، فقد حرص قانون المرافعات المصرى على تحديد البيانات التى يتكون منها الأساس الواقعى للدعوى القضائية ، ونص صراحة على أن القصور فى أسباب الحكم القضائى الواقعية يترتب عليه بطلانه " **المادة (٣/١٧٨) من قانون المرافعات المصرى** " . بعكس القصور فى أسبابه

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٣٥/٥/١٦ – فى الطعن رقم (١٠٥) – لسنة (٤) ق . حيث قضى فى هذا الحكم القضائى الأخير أنه : " مادام الحكم القضائى قد بين الأسباب الواقعية الكفيلة فى تكييفها القانونى بصحة ماقضى به ، فحسبه هذا " .

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمى – مبادئ – ص٥٩٢ ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند٣٣٩ ص٦٤٢ .

القانونية ، فإنه لايعيبه ، ولايترتب عليه بطلانه ، لأن العبرة بالنسبة للقانون الوضعى ، هى بالنتيجة التى يصل إليها الحكم القضائى فى منطوقه . فإذا كانت النتيجة التى توصل إليها فى منطوقه سليمة ، فإنه لايعيبه الخطأ ، أو القصور فى أسبابه القانونية [١] .

وإذا كان القصور فى أسباب الحكم القضائى الواقعية يترتب عليه بطلانه فإنه – **وعلى العكس من ذلك** – فإن الأسباب الزائدة عن حاجة الدعوى القضائية – **ولو كانت خاطئة** – لاتؤثر على صحته [٢] .

وإذا التبس الأمر على محكمة النقض ، وتعذر عليها معرفة ماإذا كان الأمر يتعلق بالوقائع ، فيخرج بالتالى عن رقابتها . أم أنه يتعلق بالقانون الوضعى ، والخطأ فى تطبيقه ، فإنها تبسط رقابتها ، وتقضى بإبطال الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، لعدم كفاية أسبابه [٣] .

الشرط الثالث :

يجب أن يستمد الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية أسبابه من واقعها ، وأدلة الإثبات المطروحة فيها :

---

[١] أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١١١ ، وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٢/٤/٢٩ – مجموعة أحكام النقض – س (٢٣) – ص٧٨١ .

[٢] أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١١٤ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٣٢/٢/١٦ – فى الطعن رقم (٩٣) – لسنة (٢) ق ، ١٩٣٧/٤/١٥ – فى الطعن رقم (٨٨) – لسنة (٦) ق ، ١٩٦٧/٢/١٠ – مجموعة أحكام النقض – س (١٨) – ص٤١٨ .

[٣] أنظر : محمد حامد فهمى – المرافعات المدنية ، والتجارية –١٩٤٠ – بند٦٣١ ص٦٣٠ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٣٣/١١/٢٣ – فى الطعن رقم (٣١) – لسنة (٣) ق .

يجب أن تكون الخصومة القضائية هى الوعاء الوحيد الذى يجب أن يستمد القاضى منه مادة اقتناعه [1] ، فيمتنع عليه أن يؤسس رأيه ، ويكون حكمه ، على عناصر ، أو أوراق ، أو أدلة لم تطرح عليه فى الخصومة القضائية ، ولم يناقشها الخصوم ، لأنه من المبادئ الأساسية فى التقاضى حق الخصوم فى مناقشة الأدلة التى تقدم فى الدعوى القضائية .

فالدليل الذى لايعرض على الخصوم لمناقشته ، لايجوز للمحكمة أن تأخذ به فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية .

كما لايجوز لها أن تأخذ بدليل نوقش فى قضية أخرى بين نفس الخصوم فى الدعوى القضائية ، مالم يناقش فى القضية القائمة [2] .

ولهذا ، فإنه يمتنع على القاضى تغيير سبب الدعوى القضائية [3] ، [4] .

---

(1) أنظر : وجدى راغب فهمى – مبادئ – ص٥٩٥ ، إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – الجزء الثانى – بند٣٨٦ ص٢٦١ ، السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١١٥ .

(2) أنظر : عبد الرزاق السنهورى – الإثبات – طبعة سنة ١٩٨٢– دار النهضة العربية – بند٢٧ ص٤٧ ، توفيق فرج – قواعد الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية – طبعة سنة ١٩٧٦– بند١١ ص١٢ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٧/١/١٤– فى الطعن رقم (١٢٦١) – السنة (٥٢) ق .١٩٨٨/٢/١٩ – فى الطعن رقم (٧١) – لسنة (٥٤) ق .

(3) سبب الدعوى القضائية هو : مجموعة الوقائع القانونية التى تؤدى إلى منح الحماية القضائية ، أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٢/١/٢٦ – مجموعة أحكام النقض – س (٤٣) – ص١٩٩ .

(4) فى دراسة سبب الدعوى القضائية ، أنظر : عزمى عبد الفتاح – أساس الإدعاء أمام القضاء المدنى – ١٩٨٦– دار النهضة العربية ، السيد عبد العال تمام – تأثير ارتباط الدعاوى على وحدة الخصومة المدنية – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة –١٩٩١– بند٥٦ ص٧٠ .

فإذا غير القاضى سبب الدعوى القضائية ، فإنه يكون قد تدخل فى مجال الواقع – والمحظور عليه ارتياده [١] .

كما أنه لايجوز للقاضى أن يحكم بعلمه الشخصى فى الدعوى القضائية ، لأن ذلك يعد حرمانا للخصوم من حقهم فى الإثبات ، وإخلالا بحقهم فى الدفاع . كما أن السماح للقاضى بتحرى الأدلة ، والقضاء بعلمه الشخصى ، يعنى تركه منصة القضاء ، والنزول منزلة الخصوم فى الدعوى القضائية ، فيكون خصما ، وحكما فى آن واحد [٢] .

إلا أن هذا الحظر لايمتد إلى المعلومات العامة – والتى يفترض علم الكافة بها – وكذلك ، المعلومات التى يستقيها القاضى من خبرته فى الحياة ، وثقافته العامة . وأيضا ، الوقائع العامة ، والمعلومات المشهورة – والتى يعتمدها فى حكمه .

إلا أنه يجب على القاضى أن ينبه الخصوم فى الدعوى القضائية إذا رأى الإستناد إلى هذه المعلومات فى الحكم القضائى الصادر فيها ، وتأسيس قضائه عليها ، حتى يتمكن الخصوم من مناقشتها ، وإبداء مايعن لهم من أوجه دفاع ، تتعلق بهذه المعلومات [٣] .

---

[١] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨١/٢/٩– فى الطعن رقم (٣٠٠٠) – لسنة (٤٨) ق ، ١٩٨٥/٣/١٤– فى الطعن رقم (١٦٣٤) – لسنة (٥٠) ق .

[٢] أنظر : عبد الرزاق السنهورى – الإثبات – بند٢٧ص٤٩ . وانظر على الرغم من ذلك : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند٨٣ ص١٩٧ . حيث يرى سيادته أن مبدأ منع القاضى من الحكم فى الدعوى القضائية المعروضة عليه بمعلوماته الشخصية ، لايتأتى من مبدأ حق الخصوم فى مناقشة الأدلة التى تقدم فى الدعوى القضائية ، وإنما يتأتى من أن ما شاهده القاضى ، وسمعه – مما يتصل بوقائع القضية – سوف يؤثر حتما فى تقديره ، بل قد يشمل هذا التقدير ، وهو عندئذ يصلح أن يكون شاهدا فى القضية ، ليقدر قاضى آخر شهادته ، وإنما لايصلح أن يكون قاضيا ، وإلا اعتبر قاضيا ، وشاهدا فى آن واحد ، وهو مالايجوز .

أما المسائل الفنية ، فإنه يحظر على القاضى أن يقضى فيها بعلمه الشخصى بل يجب عليه أن يرجع فيها إلى رأى أهل الخبرة [(١)] ، [(٢)] .

الشرط الرابع :

يجب أن ترد أسباب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية فى ورقته ، وأن تستمد منها :

يجب أن يتضمن الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية عناصر مقوماته ، ودليل صحته .

فلا يجوز أن يستمد الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية أسبابه من حكم قضائى آخر ، لأن الأصل أن يكفى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية نفسه ، وأن يكون مستوفيا بذاته جميع أسبابه [(٣)] - **سواء وردت بشكل صريح ، أم بشكل ضمنى** - ردا على ما أثاره الخصوم فى الدعوى القضائية من حجج ، ودفوع ، بالنسبة للمسألة التى فصل فيها [(٤)] .

---

(٣) أنظر : إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - الجزء الثانى - بند٣٨٦ص٢٦٦ .
وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦ - مجموعة أحكام النقض - س (٢٩) - ص٩٩٩ .

(١) **أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ٢٦/٣/ ١٩٦٤ - مجموعة أحكام النقض - س(١٥) - ص٣٩٥ .**

(٢) فى بيان النتائج المترتبة على وجوب أن يستمد الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية أسبابه من واقعها ، وأدلة الإثبات المطروحة فيها ، كأحد شروط صحته ، أنظر : السيد عبد العال تمام - الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن - ص١١٥ومابعدها .

(٣) أنظر : مصطفى كيرة - النقض المدنى - ١٩٩٢- بند٥٨٠ ص٥٣٤ .

(٤) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٤/٣/٦ - مجموعة الخمسين عاما - المجلد الثالث - بند ٢٩٥ - ص٢٢٩٦ .

إلا أنه يجوز للحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية أن يحيل فى أسبابه إلى حكم قضائى آخر ، سبق صدوره بين نفس الخصوم ، وفى ذات الدعوى القضائية [١] ، [٢] .

كما تجوز الإحالة إلى تقرير الخبير فى الدعوى القضائية ، ويصبح ذلك التقرير جزء متمما للحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، وملحقا به ويشترط لصحة الإحالة إلى تقرير الخبير ، أن تكون أسبابه مؤدية إلى النتيجة ، للتلازم بين النتيجة ، ومقوماتها [٣] ، وألا يكون مشوبا بنقص ، أو غموض ، وإلا شاب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية عندئذ القصور فى التسبيب [٤] .

---

(١) **أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ٣٠/١١/ ١٩٨٩– فى الطعن رقم (١٩٨٣) – لسنة (٥٧) ق ، ٢٧/٥/١٩٩٣ – فى الطعن رقم (١٠٩٩) – لسنة (٥٩) ق .**

(٢) فى بيان الشروط الازم توافرها لجواز إحالة حكما قضائيا فى أسبابه إلى حكم قضائى آخر ، سبق صدوره بين نفس الخصوم ، وفى ذات الدعوى القضائية ، أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند١٠٤ ص٢٦٨ – الهامش رقم (٤) ، مصطفى كيرة – النقض المدنى – بند٥٨٣ ص٥٣٥ ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند٣٣٩ ص٦٣٩ ، السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١١٩ومابعدها . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ٢٨/٥/١٩٥٣– فى الطعن رقم (٢٦٦) – لسنة (٢٠) ق ، ٣١/١٢/١٩٥٣– فى الطعن رقم (١٨٩) – السنة (٢١) ق ، ٢٤/٣/١٩٥٥– مجموعة أحكام النقض – فى الطعن رقم (٢٩٥) – لسنة (٢١) ق ، ١٨/١/١٩٦٥– مجموعة أحكام النقض – س (١٦) – ص١٣٦، ٢٠/٦/١٩٦٥– مجموعة أحكام النقض – س (١٦) – ص٨٨٣ ، ٢١/١٢/١٩٦٥– مجموعة أحكام النقض – س (١٦) – ص٣٠٤ ، ٢٦/٥/١٩٨٠ – فى الطعن رقم (٧٦٣) – لسنة (٤٣) ق ، ١١/١/١٩٧٩ – مجموعة أحكام النقض – س (٣٠) .

(٣) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ٦/١٢/١٩٨٤– فى الطعن رقم (٤٨١) – لسنة (٥١) ق

(٤) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ٨/٣/١٩٩٠– فى الطعن رقم (٣٣١) – لسنة (٥٤) ق ، ١٥/٣/١٩٩٢ – فى الطعن رقم (٩٣٢) – لسنة (٣٩) ق .

الشرط الخامس :

يجب أن تكون أسباب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية واضحة ، ومحددة :

بمعنى ، أنه يجب أن تكون أسباب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية شاملة ، ومفصلة ، تسرد فيها المحكمة العناصر الواقعية فيها وتبين القاعدة القانونية التى طبقتها عليها ، وتبين فيها ردها على جميع حجج الخصوم ، ودفاعهم الجوهرى ، كما تبين فيها كذلك أدلة الإثبات التى اقتنعت بها ، وأسست عليها قضائها ، ولاتترك أدنى شك حول الأساس القانونى للحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية [١] .

ولايتعارض مع اشتراط أن تكون أسباب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية واضحة ، ومحددة ، أن تكون ضمنية ، فيستوى فى أسباب الحكم القضائى أن تكون صريحة ، أو ضمنية [٢] .

والأسباب الصريحة للحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية هى التى ترد بها المحكمة صراحة على ماقدم من طلبات قضائية ، أو دفوع ، أو أوجه دفاع [٣] .

والأسباب الصريحة للحكم القضائى فى الدعوى القضائية قد تتمثل فى تبنى محكمة الإستئناف صراحة أسباب الحكم القضائى المستأنف ، إذا رأت فيها أنها تتضمن الرد الكافى على الطلبات القضائية التى طرحت عليها [٤] .

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٣٦/٢/٢٧– فى الطعن رقم (٦٥) – لسنة (٥) ق ، ١٩٤٢/٥/١٤– فى الطعن رقم (٦٤) – لسنة (١١) ق ، ١٩٤٥/١١/١٩ – فى الطعن رقم (١٨) – لسنة (١٥) ق ، ١٩٧٩/١/١١ – مجموعة أحكام النقض – س (٣٠) – ص١٨٣ ١٩٨٠/٥/٢٦– فى الطعن رقم (٧٦٣) – لسنة (٤٣) ق .

(٢) أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٢٢ومابعدها .

(٣) أنظر : إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – الجزء الثانى – بند٣٨٥ ص٥٥١ .

أما أسباب الحكم القضائى الضمنية ، فهى توجد عندما تكون هناك صلة تبعية بين الطلبات القضائية ، ويكون رد المحكمة على إحداها ، فيه الرد الضمنى على الطلبات القضائية الأخرى .

فعندما تقيم المحكمة قضاءها على مايحمله ، فإنها تكتفى بالرد الضمنى على مايكون الخصم قد أثاره من حجج بالنسبة للمسألة التى فصل فيها الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية (١) .

فقبول المحكمة للطلب القضائى الإحتياطى ، يعنى رفضها للطلب القضائى الأصلى (٢) . والحكم القضائى الصادر بأصل الحق ، وتوابعه ، وملحقاته يكفى فيه أن يكون مشتملا على الأسباب التى بنى عليها الحكم القضائى الصادر بقبول الطلب القضائى الأصلى (٣) .

ولكن لايعد تسبيبا ضمنيا للحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية الحالة التى يتعدد فيها وجوه النزاع الناشئة عن عقد فى دعوى قضائية ، وكان لكل وجه منها حكما خاصا فى ذلك العقد ، ورفضتها المحكمة جميعا مستندة إلى الحكم الوارد بشأن إحداها فى العقود ، فإن قضاءها فيما يتعلق بغير هذا الوجه ، يكون متعينا نقضه ، لخلوه من الأسباب التى بنى عليها لأن الإكتفاء بالرد على بعض وجوه الدفاع ، دون الرد على الأوجه الأخرى

---

(٤) أنظر : مصطفى كيرة – النقض المدنى – بند٦٠٣ ص٦٤٦ .

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند١٢٤ ص٢٩٥ ، إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – الجزء الثانى – بند٣٨٥ ص٢٥٦، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند٣٣٩ ص٦٤٦ .

(٢) أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٢٣ .

(٣) أنظر : إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – الجزء الثانى – بند٣٨٥ ص٢٥٧ .

لايحمل معنى التسبيب الضمنى للحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية [١] .

فيجب أن تكون أحكام المحاكم فى الدعاوى القضائية المعروضة عليها مبنية على أسباب واضحة ، جلية ، ومحددة تحديدا كافيا ، تطمئن المطلع عليها إلى أن المحكمة قد فحصت الأدلة التى قدمت إليها ، وحصلت منها ماتؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها ، وبذلت كل الوسائل التى من شأنها أن توصل إلى ماترى أنه الواقع [٢] .

ولكى يتوافر كل ذلك ، فإنه يجب أن تكون أسباب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية خالية من الغموض والإبهام ، ولاترد بشكل عام ، أو مجمل ، كما يجب ألا تقوم على الظن والإحتمال [٣] .

---

(١) أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٢٤ ، وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٣٢/١٢/٢٩ – فى الطعن رقم (٥٥) – لسنة (٢) ق ، ١٩٤٦/٢/٢٦ – فى الطعن رقم (١٣٩) – لسنة (١٥) ق .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٢/٢/٢٥ – فى الطعن رقم (١٩٤) – لسنة (٤٩) ق

(٣) فى بيان النتائج المترتبة على ضرورة أن تكون أسباب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية واضحة ، ومحددة ، أنظر : وجدى راغب فهمى – النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات – الرسالة المشار إليها – ص٥٣٩ ، مصطفى كيرة – النقض المدنى – بند٥٥٩ص٥٠٨ بند٥٧٦ ص٥٢٨ ، بند٦١٨ ص٥٦٥ ، أحمد السيد صاوى – نطاق رقابة محكمة النقض على قاضى الموضوع فى المواد المدنية ، والتجارية – دار النهضة العربية – بند١١٦ ص١٨٧ ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند٣٣٩ ص ٦٤١، عزمى عبد الفتاح – تسبيب الأحكام ، وأعمال القضاة – الطبعة الأولى – ١٩٨٣ – ص٤٢٣ ، أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – ١٩٩٣ – بند٨٩ ص١٥٨ ، السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٢٤ومابعدها ، وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٣٩/٥/١٨ – فى الطعن رقم (٧٥) – لسنة (٨) ق ، ١٩٨١/٦/٢٥ – فى الطعن رقم (٧٠٥) – لسنة (٤٦) ق ،

السند الثالث :

إيراد الأنظمة القانونية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها – قواعد تفصيلية إجرائية لخصومة التحكيم ، وهى إجراءات تتماثل – وإن لم تكن تتطابق – مع إجراءات الخصومة القضائية أمام القضاء العام فى الدولة :

أوردت الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** – قواعد تفصيلية إجرائية لخصومة التحكيم ، وهى إجراءات تتماثل – **وإن لم تكن تتطابق** – مع إجراءات الخصومة القضائية أمام القضاء العام فى الدولة " **المواد (١٠٠٩) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، (١٤٦٠- ١٤٦٩) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، المواد (٨٣٤) من قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ ، والتى كانت تنص على أنه :**

" **يتبع الخصوم والمحكمون إجراءات ومواعيد التقاضى المعمول بها أمام المحاكم ، مالم يتفق الخصوم على غير ذلك " ، (٥٠٦) ومابعدها من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – (٢٥) – (٣٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية** والتجارية " .

وتنص المادة (١/١٤٦٠) من مجموعة المرافعات الفرنسية على أنه :

" **يقوم المحكمون بتحديد إجراءات التحكيم دون الإلتزام باتباع الإجراءات المعمول بها أمام المحاكم مالم يتفق الخصوم على خلاف ذلك فى اتفاق**

١٠/١٢/١٩٨٨- فى الطعن رقم (٤٨٧) – لسنة (٥٥) ق ، ١٩/٧/١٩٩٢- فى الطعن رقم (٤٩٧) – لسنة (٦١) ق ،.

التحكيم " . وتنص نفس المادة فى فقرتها الثانية على انطباق الضمانات الأساسية لحق التقاضى - **والواردة فى صدر مجموعة المرافعات الفرنسية** على خصومة التحكيم .

كما تنص المادة (٢٥) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **لطرفى التحكيم الإتفاق على الإجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم بما فى ذلك حقهما فى إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة فى أى منظمة أو مركز تحكيم فى جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم - مع مراعاة أحكام هذا القانون - أن تختار إجراءات التحكيم التى تراها مناسبة** " [١]

فيجب أن يكون حكم التحكيم مكتوبا " **المادة (٥٠٧) من قانون المرافعات المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية** " ، وموقعا من جميع أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو من أغلبهم " **المواد (١٤٧٣) من** مجموعة المرافعات الفرنسية ، **(٥٠٧) من قانون المرافعات المصرى** الحالى **رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، (٤٣) من قانون التحكيم المصرى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** " [٢] ، وأن

---

(١) فى استعراض لبعض نصوص التشريعات الوضعية المقارنة " العربية ، والأجنبية " المنظمة للإجراءات التى تحكم سير خصومة التحكيم ، أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٧١ ص ٢٦٧ ، ٢٦٨ .

(٢) تنص المادة (١٤٧٠) من مجموعة المرافعات الفرنسية على أنه :

يشتمل على بيانات معينة ، هي ذاتها بيانات أحكام القضاء " المـواد (١٤٧٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (٣/٤٣) من قانون التحكيـم المصـرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية [1] .

" يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء " . فأحكام التحكيم تصدر عند تعدد المحكمين بالأغلبيـة . وإذا لم تتكون هذه الأغلبية ، وتشعبت الآراء لأكثر من رأى ، وجب تطبيق القاعدة التى تتفق عليها الأنظمـة القانونية الوضعية — وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها — بالنسبة لأحكام القضاء العام فى الدولة ، وهـى فى القانون الوضعى المصرى ، ضرورة انضمام الفريق الأقل عددا إلى أحد الفريقين " المادة (١٦٩) مـن قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ .

كما تنص المادة (٤٠) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤فى شأن التحكيم فى المـواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم علـى الوجـه الذى تحدده هيئة التحكيم ، مالم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك " . فى تفصيل ذلك ، انظر : فتحـى والى — الوسيط فى قانون القضاء المدنى — ط١ — ١٩٨٠ — دار النهضة العربية بالقـاهرة — ص ٩٤٠ ، ٩٤١ ، أحمد أبو الوفا — التحكيم الإختيارى ، والإجبـارى — ط٥ — ١٩٨٨ — منشـأة المعـارف بالأسكندرية — بند ١١١ ص ٢٦٣ ، محمود محمد هاشم — النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنيـة ، والتجارية — بند ٧٣/ب ص ١٢٥ ومابعدها .

(١) تنص المادة (١٤٧٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية على أنه :

" يتضمن حكم التحكيم أسماء المحكمين ، وتاريخ الحكم ، ومكان صدوره ، وأسماء الخصوم " .

كما تنص المادة (٣/٤٣) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شـأن التحكيـم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" يجب أن يشتمل حكم المحكمين على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وجنسياتهم وصفـاتهم وصورة من اتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكـان إصداره وأسبابه إذا كان ذكرها واجبا " .

وقد كانت المادة (٥٠٧) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقـم (١٣) لسـنة ١٩٦٨ — والملغـاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـة — تنص على وجوب كتابة حكم التحكيم ، وقد أغفلت هذه المادة البيـان الخـاص بأسمـاء المحكمـين ، واشتملت على البيانات الأخرى .

ولما كانت المادة (١٧٦) من قانون المرافعات المصرى تنص على أنه :

" تشتمل الأحكام على الأسباب التى بنيت عليها ، وإلا كانت باطلة " [١] ، وكان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يخضع لشكل الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام فى الدولة فإنه يتعين أن يكون مسببا ، ولو كانت هيئة التحكيم التى أصدرته مفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، إذ أن تفويضها بالصلح لايعفيها من ضرورة بيان الأساس القانونى ، والإعتبارات **التى حدت بها إلى ماتجهت إليه فى حكم التحكيم الصادر فى النزاع** موضوع الإتفاق على التحكيم " **المواد (٢/١٤٧١) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (٥٠٧) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، (٢/٤٣) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** " [٢] ، [٣] .

---

[١] فى دراسة تسبيب الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام فى الدولة ، أنظر : أحمد السيد صاوى – الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – بند ٤٤٩ ومابعدها ص ٦١٠ ومايليها ، أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية ، والتجارية – ط١٤ – ١٩٨٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٧٢٣ ومايليه .

(٢) أنظر : عبد القادر سيد عثمان – إصدار الحكم القضائى – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – سنة ١٩٨١ . وبصفة خاصة ، ص ١١٧ ، ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ٢٧٠ .

[٣] تنص المادة (٢/١٤٧١) من مجموعة المرافعات الفرنسية على أنه :

" حكم المحكم يجب أن يكون مسببا ، وإلا كان باطلا " .

كما تنص المادة (٢/٤٣) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لايشترط ذكر أسباب الحكم " .

وقد كانت المادة (٥٠٧) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - تنص على أنه :

" يتعين أن يكون حكم المحكم مسببا ولو كان مفوضا بالصلح " .

(٤) أتيحت الفرصة للقضاء الفرنسى فى العديد من القضايا للتأكيد على أن عدم تسبيب حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايتعارض مع النظام العام الدولى الفرنسى ، بعد الرجوع إلى القانون الوضعى الواجب التطبيق على النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

فإذا كان هذا القانون الوضعى لايشترط تسبيب حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإن القاضى العام الفرنسى لايعتد بعدم تسبيب حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر :

Cass . Civ . 18 Mars . J . D . I . 1980 . 875 , Note : LOQUIN ; Rev . Arb . 1980 , Note : MEZAGER ; Paris . 25 Mars . 1983 . Rev . Arb . 1984 . 363 . Note : J . ROBERT ; Cass . Civ . 14 Juin . 1960 . J . C . P . 1981 11 . 12273 . Note : MOTULSKY ; Cass . Civ . 22 Nov 1966 . clunet . 1967 . 631 . Note : GOLDMAN ; Rev . Cit . 1967. 372 . Note : FRANCESCQUAKIS .

(٥) لاتسمح النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم فى فرنسا للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " بإعفاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من تسبيب حكم التحكيم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . ويعتبر خلو حكم التحكيم من أسبابه أحد أسباب بطلانه ، مما يجعل الأمر متعلقا بشرط يتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، لايجوز مخالفته ، وهو ماكان عليه الأمر حتى قبل استلزام تسبيب حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وذلك بنص صريح فى المادة (٢/١٤٧١) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، أنظر :

كما ينبغى أن تكون مداولة هيئة التحكيم قبل إصدارها لحكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سرية فيما بين أعضائها .

DELVOLVE (J . L) : Essai sur la motivation des sentences arbitrales . Rev . Arb . 1989 . 149.

(٦) يلاحظ أن قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – لايشترط أن يكون حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مسببا فى حالتين :

الحالة الأولى :

إذا اتفق طرفا التحكيم على أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايكون مسببا .

والحالة الثانية :

إذا كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لايشترط ذكر أسباب حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

وفى غير هاتين الحالتين ، فإنه ينبغى أن يكون حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مسببا .

وبذلك ، فإن قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية يكون قد فتح المجال أمام إمكانية التخلى عن تسبيب حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : أحمد أبو الوفا – تكييف وظيفة المحكم – مقالة منشورة بمجلة المحاماه المصرية – السنة (٣٧) ص ص ٨٨٤ – ٩٠٧ . وبصفة خاصة ، ص ٨٩٤ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١١٢ ص ٢٦٦ ، ٢٦٧ ، محمد نور عبد الهادى شحاته – الرقابة على أعمال المحكمين – ص ١٠١ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ٥٢٠ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ . وفى دراسة تسبيب حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته – الرقابة على أعمال المحكمين – ص ٨٧ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ٥٧٦ وما بعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى – الإشارة المتقدمة .

وقد نصت على ذلك صراحة المادة (١٤٦٩) من مجموعة المرافعات الفرنسية [١] .

فى حين أن القانون الوضعى المصرى - سواء فى نصوص قانون المرافعات الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، والتى كانت تنظم التحكيم فى مصر " المواد (٥٠١) - (٥١٣) - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، أو فى قانون التحكيم المصرى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - لم يرد به نصا قانونيا وضعيا مماثلا للنص القانونى الوضعى الفرنسى المتقدم ذكره بخصوص سرية مداولة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فيما بين أعضائها ، قبل إصدار حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إلا أن هذا لايعنى عدم انطباق هذه القاعدة على حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذ أنها تعد من القواعد الأساسية فى التقاضى [٢] ، والتى يجب على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مراعاتها ، دون الحاجة إلى النص عليها صراحة فى باب التحكيم وإلا كان حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم باطلا .

---

(١) تنص المادة (١٤٦٩) من مجموعة المرافعات الفرنسية على أنه :
" مداولات المحكمين تكون سرية " .

(٢) فى دراسة سرية المداولة فى الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام فى الدولة ، أنظر : أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - ط٥ - ١٩٧٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٦٥٩ ومابعدها .

ويستوى فى ذلك أن يكون التحكيم بالقضاء ، أم تحكيما مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

فيمتد التزام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بتسبيب حكم التحكيم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى كل صور التحكيم ، فسيان أن يكون تحكيما وفقا لأحكام القانون الوضعى " **التحكيم بالقضاء ، أو التحكيم العادى** " ، أو تحكيما مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وفقا لقواعد العدالة ، أو الإنصاف [1] .

فإذا كان قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لم يتضمن نصا قانونيا وضعيا يكرس مبدأ سرية مداولة أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وهو ماخلت منه أيضا نصوص قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، والتى كانت تنظم التحكيم " **المواد (٥٠١) - (٥١٣) - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية** [2] ، [3] ، ولكن رغم عدم وجود نصا قانونيا وضعيا يكرس

---

(١) أنظر : **أحمد أبو الوفا** – تكييف وظيفة المحكم – المقالة المشار إليها – بند ١٩/أ ص ٧٥ ، وماأشار إليه من مراجع ، وأحكام فى الهامش رقم (٧١) ، **محمد نور عبد الهادى شحاته** – الرقابة على أعمال المحكمين – ص ٧٧ ومابعدها ، **مختار أحمد بريرى** – التحكيم التجارى الدولى – بند ١٠٨ ص ٢٠٢ .

(٢) ورغم ذلك ، فإن فقه القانون الوضعى المصرى كان يستلزم سرية مداولة أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فيما بينهم ، قبل إصدارهم لحكم التحكيم ، فى

مبدأ سرية مداولة أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه يمكن ترتيب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إذا تمت المداولة بين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، قبل إصدارهم لحكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بطريق علنية ، أو إذا تضمن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم شارطة** - مايستلزم ذلك ، أو كان التحكيم دوليا ، واتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على تطبيق قانون وضعى يتضمن نصا قانونيا وضعيا آمرا ، يستلزم سرية المداولة بين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، قبل إصدارهم لحكم التحكيم .

وقد كانت المادة (٥٠٧) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - تنص على أنه :

" **يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء** " ، ومن الطبيعى أن الأغلبية لاتكون إلا بعد التشاور ، وإن كان المشرع الوضعى المصرى لم ينص صراحة على المداولة بين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع

النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - ص ٩٢٢ ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ١٩٨ ص ١٨٢ .

(٣) ويمكن تبرير ذلك ، بضرورة كفالة قدر من الحرية لأعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى إبداء الرأى ، والتشاور ، دون الوقوع فى الحرج ، والذى قد يتعرضون له فى حالة السماح للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، أو ممثليهم بالحضور أثناء مداولة أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، قبل إصدارهم لحكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

موضوع الإتفاق على التحكيم ، قبل إصدارها لحكم التحكيم ، فإن هذا يكون مفهوما من سياق النص القانوني الوضعي المتقدم ذكره .

وإذا لم يتعدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإن حكم التحكيم يصدر بغير مداولة .

وتنص المادة (٤٠) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء بعد مداولة ، وذلك على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم ، مالم يتفق أطراف التحكيم على غير ذلك** " .

ونتيجة لذلك ، فإنه لايتصور صدور حكم التحكيم من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بدون مداولة بين أعضائها .

فالمداولة في إصدار الأحكام ، في المنازعات بين الأفراد ، والجماعات تعد من القواعد الأساسية في التقاضي ، بحيث يجب على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مراعاتها ، فهي قاعدة من القواعد المتعلقة بالنظام العام في الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - لأن من شأنها احترام حقوق الدفاع للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " [1]، [2].

---

[1] أنظر : محمد نور عبد الهادي شحاته - الرقابة على أعمال المحكمين - ص ٨١ ، أشرف عبد العليم الرفاعي - التحكيم ، والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ٢٦١ ، ٢٦٢ .

[2] في دراسة المداولة في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم ، أنظر : مختار أحمد بريري - التحكيم التجاري الدولي - بند ١٠١ ص ١٨٦ ، ١٨٧ ، أشرف عبد العليم الرفاعي - التحكيم ، والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ٢٦٠ ومابعدها .

ومن المبادئ الأساسية أن يصدر حكم التحكيم ذات هيئة التحكيم التي كلفت بمهمة التحكيم ، من قبل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، والتي سمعت المرافعات ، وفي حدود سلطتها ، فلا يمكن أن تشرك غير أعضائها معها ، وإلا أدى ذلك إلى بطلان حكم التحكيم الصادر عندئذ في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بطلانا متعلقا بالنظام العام في القانون الوضعي (١) .

وإذا كانت أحكام القضاء العام في الدولة تصدر بالنطق بها في جلسة علنية ، وهي الجلسة المحددة للنطق بالحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية ، ويكون ذلك بتلاوة منطوقه فحسب ، أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه في جلسة علنية في جميع الأحوال " **المادة (١٧٤) من قانون المرافعات المصري** " (٢) ، يحضرها القضاة الذين حضروا المداولة ، مالم يكن هناك مانعا ماديا قد منع أحد القضاة من حضور جلسة النطق بالحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية ، فيكفي عندئذ توقيعه على مسودة الحكم القضائي " **المادة (١٧٠) من قانون المرافعات المصري** " (٣) ، فإنه قد ثار

---

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختياري ، والإجباري – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٢٦٢ .

(٢) تنص المادة (١٧٤) من قانون المرافعات المصري على أنه :

" ينطق القاضي بالحكم بتلاوة منطوقه ، أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه ، ويكون النطق به علانية ، وإلا كان الحكم باطلا " .

(٣) تنص المادة (١٧٠) من قانون المرافعات المصري على أنه :

" يجب أن يحضر القضاة الذين اشتركوا في المداولة تلاوة الحكم فإذا حصل لأحدهم مانع وجب أن يوقع مسودة الحكم " . أنظر : أحمد أبو الوفا – التعليق على نصوص قانون المرافعات – ط٥ – ١٩٧٨ – ص ٦٧٢ ومابعدها ، ص ٦٨١ ومابعدها ، أحمد السيد صاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ص ٦٠٨ ومابعدها .

التساؤل عن مدى تطبيق هذه القواعد على حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ؟ .

من الملاحظ أن المادتين (١٤٧٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية (١/٤٣) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لم يشترطا تمام النطق بحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى جلسة علنية ، وإنما يصدر بمجرد توقيع أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عليه - **كلهم ، أو أغلبهم** - وفى حالة ما إذا امتنعت الأقلية عن توقيع حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وجب ذكر ذلك فيه ، ويكون حكم التحكيم الصادر عندئذ فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم صحيحا ، إذا كان موقعا من أغلبية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [١] ، [٢] ، [٣] .

---

(١) تنص المادة (١٤٧٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية على أنه :

" حكم المحكمين يوقع عليه بواسطة جميع المحكمين ، وفى حالة ما إذا امتنعت الأقلية عن توقيع الحكم ، وجب ذكر ذلك فيه ، ويكون الحكم صحيحا كما لو كان موقعا بواسطة جميع المحكمين " .

كما تنص المادة (١/٤٣) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون ، وفى حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت فى الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية " .

(٢) فى دراسة أحكام النطق بحكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ١١٥ ص ٢٧٥ ومابعدها ، محمد نور عبد الهادى شحاته - الرقابة على أعمال المحكمين - ص ٩٤ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ٥٩٠ ومابعدها .

وحكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايصدر إلا فـــى خصومة إنعقدت بين طرفيها ، وبناء على طلبهم [1] ، ومن شخص ثـــالث ، هو هيئة التحكيم التى اختيرت للفصل فى النزاع موضـــوع الإتفـــاق علـــى التحكيم ، والذى يجب أن يتوافر فى أعضائها بعض صفات القاضى العام فـــى الدولة ، من حيث وجوب أن يكون كل عضو من أعضائها نزيـــها ، محـــايدا ومستقلا فى أداء مهمته التحكيمية . بمعنى ، ألا يكون خصما ، أو أن تكـــون له مصلحة فى النزاع [2] ، [3] ، وأن تراعى هيئة التحكيم المكلفـــة بـــالفصل فى النزاع موضوع الإتاق على التحكيم فى حكم التحكيم الصادر منـــها فـــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم كافة المبادئ الأساسية فى التقـــاضى ،

---

(٣) فى بيان قواعد إصدار حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتـــفاق على التحكيم ، أنظر : عـــاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ٥٥١ ومابعدها .

(١) فى دراسة خصومة التحكيم ، أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – رسالة مقدمة لنيل درجـة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٩٧ . وبصفة خاصة ، إفتـــاح خصومة التحكيم ، وتوالى إجراءاتها – بند ٣٢٨ ومايليه ص ٣٢٦ ومابعدها .

(٢) فى دراسة حياد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم ، ونزاهتهم ، واستقلالهم أثناء مباشرتهم لمهمة التحكيم التى اختيروا من أجلها ، أنظر :

SICARD (JEAN) : Manuel de l'exepertise et de l'arbitrage . Paris . Librarie des Journal . Des notaires et Des Avocats . 1977 . N. 66 et s . P. 27 et s ; JEAN ROBERT : L'arbitrage . Droit interne . Droit international prive . 5e edition . Dalloz . 1983 . N. 135 et s . P. 114 et s .

(٣) فى دراسة الشروط الواجب توافرها فى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـــنزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بنـــد ٢٠٣ ومايليه ص ٦٢٥ ومابعدها .

مثل احترام حقوق الدفاع المقررة للخصوم ، وإعمال مبدأ المواجهة بينهم فى إجراءات خصومة التحكيم [١] .

ولكن – **وعلى خلاف الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من القضاء العام فى الدولة** – لم تحدد الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** – الواقعة التى يعتبر حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد صدر بحدوثها . ومن ثم ، يكون محلا للإعتداد فى ترتيب الآثار القانونية المترتبة عليه " **الإجرائية والموضوعية** " . ولقد أدى ذلك إلى الخلاف حول تحديد هذه الواقعة .

فمن قائل بأن حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يعتبر قد صدر بمجرد تلاقى وجهات نظر أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولو لم يتم النطق به إلا فى وقت لاحق .

ومن قائل بأن تحديد وقت صدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هو بوقت النطق به – **شأنه فى ذلك شأن الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام فى الدولة** .

ومن قائل بأن وقت صدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هو بوقت كتابته ، وتوقيعه من أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

---

[١] فى وجوب مراعاة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لكافة المبادئ الأساسية فى التقاضى ، عند إصدارها لحكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : **المؤلف** – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٧٣ ص ٢٨٤ ومابعدها ، **محمد نور عبد الهادى شحاته** – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٣١٥ ومابعدها ، **مختار أحمد بريرى** – التحكيم التجارى الدولى – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٥١ ص ٩٣ ، ٩٤، **أشرف عبد العليم الرفاعى** – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ٢٥٢ ومابعدها .

ومن قائل بأن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايعتبر قد صدر إلا بايداعه في قلم كتاب المحكمة المختصة بإصدار الأمر بتنفيذه [١] .

(ب) :

ومن ناحية الموضوع :

فإن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يعتبر عملا قضائيا ، وفقا لمعيار مكونات العمل القضائى ، عند أنصار المعيار الموضوعى لتمييز العمل القضائى عن غيره .

فإذا كان العمل القضائى يتكون من عناصر ثلاثة :

العنصر الأول :

إدعاء .

العنصر الثانى :

تقرير .

والعنصر الثالث :

قرار .

فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تعد تقريرا ، متقيدة في ذلك بحكم القانون الوضعى ، وفى الإدعاء المقدم إليها من الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، منتهية إلى قرار محدد ، يتضمن حلا للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

---

[١] فى دراسة كل هذه التصورات ، أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط ٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ١١٦ ، محمود محمد هاشم – إستنفاد ولاية المحكمين – المقالة المشار إليها – ص ٢٦٨ ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ٥٦٤ ومابعدها .

كما أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تحسم نزاعا بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، حسما نهائيا ، لاتجدى معه إعادة الجدل ، والمناقشة حول ماقضت به ، وتقوم هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **وهى بصدد إصدار حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** – بتحقيق القانون الوضعى فى الواقع العملى ، عندما لايتم هذا التحقيق من جانب الأفراد ، والجماعات تلقائيا ، بدليل إلتجائهم إلى نظام التحكيم ، وتحل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم محل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى تطبيق قواعد القانون الوضعى .

كما أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يزيل عارضا وقع فى طريق النفاذ التلقائى للقانون الوضعى . ولهذا ، كان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شأنه شأن الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام الدولة** – لايباشر إلا بناء على طلب .

فالتحكيم كالقضاء ليس نشاطا تلقائيا ، وإنما نشاطا مطلوبا .

فضلا عن أن حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايصدر إلا بناء على إجراءات معينة ، تكون فى مجموعها خصومة قضائية طرفاها ، أطراف عقد التحكيم ، وتقوم فيها هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بتحقيق إدعاءات الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ومايقدمونه من مستندات ، وأدلة إثبات

مختلفة [١] ، متيحة لهم الفرصة في إبداء دفوعهم ، وأوجه دفاعهم ، ويتم ذلك في مواجهتهم جميعا [٢] .

وهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تملك إصدار مختلف أنواع الأحكام القضائية - **قطعية** ، وغير **قطعية موضوعية ، وصادرة قبل الفصل فى الموضوع** [٣] .

وإن كانت الذاتية الخاصة لنظام التحكيم تحد كثيرا من مجال صدور أحكام تحكيم تقطع فى المسائل الإجرائية ، والتى تثار أثناء خصومة التحكيم ويكون من شأنها إنهاء هذه الخصومة ، دون الفصل في موضوعها - **كالأحكام القضائية الصادرة ببطلان صحيفة الدعوى القضائية ، أو باعتبار الخصومة القضائية كأن لم تكن ، أو بسقوطها ، أو بانقضائها** - كما لاتملك هيئة التحكيم الحكم بشطب الدعوى المرفوعة أمامها ، حتى ولو تغيب الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن الحضور ، أو باعتبار الخصومة كأن لم تكن ، أو بسقوطها [٤] .

---

(١) فى بيان سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى البحث عن أدلة الإثبات فى خصومة التحكيم ، والقيود الواردة على هذه السلطة ، أنظر : علي بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٧٨ ومايليه ص ٣٧٣ ومابعدها .

(٢) فى بيان نطاق سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى تنظيم إجراءات خصومة التحكيم ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٣٠٢ ومابعدها .

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٠٩ ، أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - ١٩٩٣ - بند ٤٣ ص ٨١ - الهامش رقم (١) ، محمد نور عبد الهادى شحاته - الرقابة على أعمال المحكمين - ١٩٩٣ - ص ٣٠ .

إلا أن ذلك لاينفى سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى إصدار أحكام إجرائية قطعية ، تنهى خصومة التحكيم ، دون الحكم فى موضوعها ، فهى تملك أن تقضى ببطلان إجراءات خصومة التحكيم ، بسبب نقص أهلية أحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " [(١)] .

كما تملك سلطة الفصل فى كافة المسائل المتعلقة بقانونية ، وحدود مهمتها " **المادتان (١٤٦٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (١/٢٢) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** " ، فيكون لها أن تحدد إختصاصها ، ومدى وحدود السلطة المخولة لها ، فهى قاضى اختصاصها ، وسلطاتها .

فإذا كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تستمد سلطاتها فى الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من العقد الذى تم الإتفاق فيه على التحكيم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وكان هذا العقد محلا لخلاف بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وحصل التمسك ببطلانه ، أو فسخه ، **فإنه يكون لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عندئذ نظر هذا الأمر ، أو ذاك ، لأنها تملك الحكم بنفسها فى شأن توافر صفتها كهيئة تحكيم ، أو عدم توافرها** ، وفى شأن جواز عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عليها ، أو عدم جوازه ، أو بطلان ، أو صحة الإتفاق على منحها سلطة الحكم فى النزاع موضوع الإتفاق على

---

(٤) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٩٨ ، ١٠٤ ، أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ٤٣ ص ٨٣ .

(١) أنظر : محمود محمد هاشم – إستنفاد ولاية المحكمين – المقالة المشار إليها – ص ٢٧٥ ، أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – الإشارة المتقدمة .

التحكيم ، وهو بذلك لايختلف عن القاضى العام أمام المحاكم القضائية التى تنشؤها الدولة ، مما يؤكد التقارب بين نظام القضاء العام فى الدولة ، ونظام التحكيم ، ويضفى الطابع القضائي على وظيفة التحكيم ، على أساس أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **كالقاضى العام فى الدولة** – تملك الحكم بنفسها فى شأن توافر صفتها كهيئة تحكيم ، أو عدم توافرها [1] ، [2] .

وقد نصت المادة (١٤٦٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية على أنه : " **إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم فى أساس أو مدى سلطته ، أو نطاق اختصاصه ، فيكون لهذا الأخير الفصل فى صحة الإتفاق على التحكيم ، أو حدود إختصاصه** " ، وقد وردت هذه المادة فى الفصل الثانى الخاص بسلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **سواء كان مصدر هذه السلطة شرطا للتحكيم ، واردا فى عقد معين ، أو مشارطة تحكيم ، أبرمت بصفة مستقلة بمناسبة نزاع ما** – وهذا المبدأ يكون نتيجة للقاعدة المنصوص عليها فى المادة (١٤٥٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، عندما يكون النزاع المطروح على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **بمقتضى الإتفاق على التحكيم** – قد رفع أمام القضاء العام فى الدولة ، فإنه يجب على هذا القضاء أن يقضى بعدم اختصاصه .

---

(١) أنظر : أبو زيد رضوان – الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى – بند ٢٠ ومايليه ص ٣٣ ومابعدها .

(٢) فى دراسة الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " نطاقه ، وقت إبداؤه ، كيفية الفصل فيه ، ومدى جواز الطعن فى القرار الصادر فيه " ، أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣٥٣ ومايليه ص ٣٤٨ ومابعدها .

ونتيجة لذلك ، فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يكون لها وحدها صلاحية الفصل فى النزاع المثار بشأن الإختصاص التحكيمى ، منذ عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عليها – سواء كان ذلك من قبل الطرفين المحتكمين معا ، أو من قبل الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " الأكثر مصلحة فى التعجيل .

وفى جميع الحالات ، فإن القضاء العام فى الدولة يكون غير مختص بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، كما أنه يكون غير مختص بنظر النزاع المثار بشأن اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

وتنص المادة (١/٢٢) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **تفصل هيئة التحكيم فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما فى ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع** " .

ولعل أهم ماجاء به قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية من مستجدات ، بل ومن أهم الأسس التى يقوم عليها ، هو النص صراحة على استقلال هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وهو بدوره من المبادئ الأصولية التى تقوم عليها الأنظمة المختلفة للتحكيم ، ويتمثل هذا الإستقلال فى النظر إلى نظام التحكيم ، وأنظمته بوصفها قضاء إتفاقيا يختاره الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، خصيصا للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

فينبغى ألا يكون عليه من سلطان ، إلا لما يتفق عليه الاطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

ومن مظاهر استقلال هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية إختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بنظر طلبات رد أعضائها واختصاصها بالفصل فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها " المواد (١٩) (٢٢) ، (٢٣) **من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " .**

فالنصوص القانونية الوضعية المستحدثة فى القانون المصرى للتحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ومجموعة المرافعات الفرنسية بشأن التحكيم تجعل لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الفصل فى كافة المنازعات التى تثار حول قانونية ، أو حدود مهمتها [١] ، [٢] .

---

(١) فى دراسة اختلاف فقه القانون الوضعى ، وقضائه قبل النصوص القانونية الوضعية المستحدثة ، بشأن التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية ،حول مشكلة الإختصاص بالإختصاص ، أنظر :

BIOCHE : op . cit . , N . 228 . p . 488 ; GARSONNET et CEZAR – BRU : op . cit . , N . 278 . P . 559 ; GLASSON , TISSIER et MOREL : op . cit . , N . 1816 . P . 341 ; HEBRAUD et RAYNAUD : obs . sous Cass . 22 Fev . 1949 . R . T . D . 1949 . p . 445 et ss ; M . BOITARD : obs . sous . Cass . 22 Fev . 1949 . R . T . D . Com . P . 471 et ss ; P . H . FOUCHARD : L'arbitrage commercial international . N . 239 , P . 136 . J . R DEVICHI : La these precite . N . 333 . P . 226 et ss ; MOTULSKY : Menace sur l'arbitrage ; la pretendu incompetence des arbitres en cas de contiatation sur le exrstence ou sur la validite d'une clause compromissoire . J . C . P . 1954 . ED . G . I . 1194 ; Le respecte de la clause compromissoire . Rev . Arb . 1955 . P . 13 et s ; Le probleme de l'autonomie de la clause compromissoire . au congre international de l'arbitrage . Rev . Arb . 1961 . P . 51 et ss . p . 16 et ss ; Question precalable et question prejudicielle en matiere de competerce arbitrale . J . C. P . P . 57 . ed . 9 – 1 – 1383 ; KLEIN . F . E : Du caractere autonomie de la clause compromissoire notamment en matiere d'arbitrage international . Revue Critique de Droit international prive . 1961 . P . 499 et s ; M . BOISSESON et M . JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . Paris . 1983 . N . 250 et s ; Jur . Com . 6 Oct .

السند الثالث :

حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتـــفاق علـى التحكيم يرتب بعضا من الآثار القانونية التى يرتبها الحكم القضائى الصـادر من القضاء العام فى الدولة [1] :

1953 . D . 1953 . 25 , S . 1954 . G . P . 1958 . 290 . R . T . D . Com . 1958 . 540 . obs : BOITARD.

وانظر أيضا :

Civ . 2e , 6 Mai 1961 . Rev . Arb . 1972 . 58 ; Paris . 22 Janv . 1957 . D . 1957 . 566 . Note : ROBERT ; Com . 11 Janv . 1960 , J . C . P . 1960 . 11 . 11764 , Note : L . GARAUD.

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٥١ ص ١٣٧ ، عزمى عبد الفتاح – قانون التحكيم الكويتى – ص ١٥٠ ومابعدها ، سامية راشد – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – ص ص ٧٨ – ١٦٥ ، محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ١٨٨ ومابعدها ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٦٣ – ٩ ص ٢٣٣ ، ٢٣، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ٣٩١ ومابعدها ، ص ١٢٧ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ٢٤٥ ومابعدها ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣٥٤ ومايليه ص ٣٤٩ ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٧ ومابعدها .

[2] فى دراسة استقلال شرط التحكيم فى المنازعات الدولية ، أنظر : عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٤١ ومابعدها .

[1] فى بيان آثار حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " الإجرائية ، والموضوعية " ، أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – ط١٩٩٢ – بند ٤٣ ص ٩١ ومابعدها ، محمد نور عبد الهادى شحاته – الرقابة على أعمال المحكمين – ص ١١٤ ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ١٣١ ومابعدها

الأثر الأول :

الحجية القضائية [١] :

تعريف الحجية القضائية :

الحماية القضائية التي يمنحها الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية للمحكوم له تمنع خصمه من إعادة عرض النزاع من جديد أمام محكمة أخرى ، موازية للمحكمة التي أصدرت الحكم القضائي في الدعوى القضائية .

كما يلزم الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية المحكمة التي أصدرته ، وسائر المحاكم الأخرى .

وإذا عرض على أي محكمة نفس النزاع الذي صدر فيه الحكم القضائي فإنه يتعين عليها أن تحكم بعدم قبوله [٢] .

. وانظر : نقض مدني مصري – جلسة ١٩٧٨/٢/١٥ – المجموعة ٢٩– ٤٧٢ . حيث ورد في هذا الحكم القضائي أنه " حكم المحكمين له بين الخصوم جميع الآثار التي تكون للحكم القضائي " . مشارا لهذا الحكم في : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – ط١٩٩٢ – بند ٤٣ ص ٨١ – الهامش رقم (٢) .

[١] في دراسة حجية الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام في الدولة ، أنظر :

FOYER (J.) : De l'autorite de la chose Jugee en matiere civile. These. Paris.

وانظر أيضا : أحمد السيد صاوى – أثر الأحكام بالنسبة للغير – دار النهضة العربية بالقاهرة – ١٩٩٠ ، أحمد ماهر زغلول – الحجية الموقوفة ، أو تناقضات حجية الأمر المقضي في تطبيقات القضاء المصري " دراسة لقاعدة ثبوت الحجية للحكم بمجرد صدوره " – ط١ – ١٩٨٩ ، ط٢ – ١٩٩٦ ، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي ، وضوابط حجيتها – ط١ – ١٩٩٠ .

[٢] أنظر : نقض مدني مصري – جلسة ١٩٦٨/٤/١٨– مجموعة النقض – س (١٩) – ص٧٩٥ ، ١٩٧٦/٢/١– مجموعة النقض – س (٢٧) – ص٣٥١ .

وتحقق الحجية القضائية وظيفتها من خلال أثرين :

الأثر الأول :

سلبى .

والأثر الثانى :

إيجابى .

فالأثر السلبى للحجية القضائية :

يبدو من خلال عدم جواز رفـــع نفـــس الدعوى القضائية التى صدر فيها الحكم القضائى مـــن جديـــد ، حتـــى ولـــو ظهرت أدلة جديدة ، لم يسبق عرضها على المحكمة التى أصدرتـــــه ، ولـــم يتناولها الحكم القضائى الصادر فيها [1] .

والأثر الإيجابى للحجية القضائية :

يعنـــى ضـــرورة احـــترام القـــاضى والخصوم لمضمون الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية – ســـواء **عند رفع نفس الدعوى القضائية من جديد ، أو عند إثارة نفـــس المســـائل التى سبق للحكم القضائى الصادر الفصل فيها فى دعوى قضائية أخـــرى** – ويحق للمحكوم له أن يتمسك بالمزايا التى قررها الحكم القضائى الصادر فـــى الدعوى القضائية .

كما يجب على القاضى إحترام ماقرره الحكم القضائى ، عند رفع دعـــوى قضائية جديدة [2] .

---

(1) أنظر : وجدى راغب فهمى – مبادئ – ص٤٣، فتحى والى – الوسيط فى قـــانون القضاء المدنى – بند٨٢ ص ١٣٥، وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٢/٤/ ١٩٦٢ – مجموعة أحكام النقض – س (١٣) – ص٤٤١ .

(2) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند٨٢ ص١٣٦ .

الإعتبارات التى تقوم عليها الحجية القضائية :

من أهم الإعتبارات التى تقوم عليها الحجية القضائية ، هى وضع حـــدا للمنازعات ، والحيلولة دون تجدد الخصومات .

فالسماح للمحكوم عليه بمعاودة رفع الدعوى القضائية من جديد ، للحصـــول على حكم قضائى لصالحة ، يدفع المحكوم له هو الآخر إلى استصدار حكـــم قضائى لصالحه ، الأمر الذى يؤدى إلى تأبيد الخصومات إلى مالانهايـــة [1] .

كما أن الحجية القضائية تحول دون صدور أحكاما قضائية متعارضـــة فـــى ذات النزاع ، وبين نفس الخصوم ، ممايؤدى إلى تعـــذر تنفيذهـــا ، وفقـــدان الأحكام القضائية لأهميتها ، واحترامها بين الناس [2] .

تمييز الحجية القضائية عما يختلط بها من أفكار :

أولا :

تمييز الحجية القضائية " حجية الأمر المقضـــى " عـــن قـــوة الأمـــر المقضى :

وفى بيان اختلاف فقه القانون الوضعى حول الأساس الذى تقوم عليه فكرة الحجية القضائيـــة ، أنظـــر : عبد الرزاق أحمد السنهورى – الإثبات – بند٣٤٤ ص ٨٢٣ ، رمـــزى ســـيف – الوســـيط – بند٥٤٤ ص٦٩٧ ، وجدى راغب فهمي – مبادئ – ص٤٨ ، فتحـــى والى – الوســـيط فى قـــانون القضاء المدنى – بند٩٢ ص١٥٤، السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطـــرق الطعـــن – ص١٥٧، ١٥٨ .

(١) أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهورى – الوسيط – الجزء الثـــانى – المجلـــد الأول – الإثبـــات بند٣٤٣ ص٨٢٤ .

(٢) أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٥٤ .

الحجية القضائية " حجية الأمر المقضى " :

تعنـى أن الحكـم القضـائى القطعى ، والصادر فى الدعوى القضائية ، يعتبر بمجرد صدوره حجة فيمـا بين الخصوم ، بالنسبة لذات الحق الذى فصل فيه ، محـلا ، وسـببا ، ولـو كان الحكم القضائى الصادر قابلا للطعن فيه .

إلا أن الحجية القضائية التى يكتسبها الحكم القضائى الصادر فـى الدعـوى القضائية بمجرد صدوره تكون مؤقتة ، تقف بمجرد رفع طعنا بالإسـتئناف ضده ، وتظل موقوفة إلى أن يقضى فى الطعن .

فإذا أيدت محكمة الطعن الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، فـإن حجيته القضائية تصبح نهائية .

أما إذا ألغته ، فإنه حجيته القضائية تزول عنه ويسقط ماكان له من حجيـة مؤقتة [1] .

فالحكم القضائى القطعى تثبت له الحجية القضائية ، ولو كان قـابلا للطعـن عليه بطريق الإستئناف ، بل ولو طعن فيه فعلا بهذا الطريق [2] .

أما قوة الأمر المقضى :

فإنها لاتثبت إلا للحكم القضائى النـهائى الصـادر فى الدعوى القضائي – سواء لصدوره منـذ البدايـة بـهذه الصفـة ، أو لصدوره إبتدائيا ، ولكنه أصبح نهائيا ، لانقضاء مواعيد الطعـن فيـه ، أو للحكم برفض الطعن المقدم ، أو عدم قبوله .

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٨/٤/١٨ – ذات المجموعة السـابقة – بنـد ١٤٦٠ – ص٢٦٣٢ ، ١٩٨٠/٥/١٧ - مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسـين عامـا – بند ١٥١٤ – ص٢٦٣٥ .

(٢) أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٥٤ .

ويحوز الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية قوة الأمر المقضي ولو كان يقبل الطعن فيه بأحد طرق الطعن العادية المقررة للأحكام القضائية وهي : **النقض ، والتماس إعادة النظر** . أو كان قد طعن فيه فعلا بأحد هذين الطريقين .

ويبدو الفرق بين الحجية القضائية " حجية الأمر المقضى " ، وقوة الأمر المقضى :

من أن الحجية القضائية تكون بالنسبة للمستقبل ، خارج الخصومة القضائية التي صدر **فيها الحكم القضائي في الدعوى القضائية .**

أما قوة الأمر المقضى ، فإن دورها يكمن داخل الخصومة القضائية التي صدر فيها الحكم القضائي في الدعوى القضائية ، للدلالة على مايتمتع به الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية من قابلية ، أو عدم قابلية للطعن فيه بطريق معين [1] .

ثانيا :

تمييز الحجية القضائية " حجية الأمر المقضى " عن استنفاد سلطة القاضي بالنسبة للمسألة التي فصل فيها :

تشترك فكرة الحجية القضائية " **حجية الأمر المقضى** " مع فكرة استنفاد سلطة القاضي بالنسبة للمسألة التي فصل فيها ، في اعتبارهما من الخصائص المميزة للعمل القضائي بالمعنى الفني الدقيق ، **إلا أنهما يختلفان من حيث** دور ، ومجال كل منهما .

فالحجية القضائية تعمل خارج الخصومة القضائية التي صدر فيها الحكم القضائي في الدعوى القضائية ، أي بعد انتهائها [2] ، وتكفل للحكم القضائي

---

(1) أنظر : فتحي والي – الوسيط في قانون القضاء المدني – بند ٨٤ ص١٣٨ .

(2) أنظر : فتحي والي – الوسيط في قانون القضاء المدني – بند٨٣ ص١٣٧ .

الصادر فى الدعوى القضائية فاعليته خارج الخصومة القضائية التى صدر فيها ، بتقييد الخصوم بالحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، مما يحول دون إعادة طرح النزاع الذى صدر فيه من جديد .

أما فكرة استنفاد سلطة القاضى بالنسبة للمسألة التى فصل فيها :

فإنها تحقق ضمان السير المنتظم للإجراءات القضائية ، عن طريق إزالة مايعترض سير الخصومة القضائية من عقبات ، ومسائل يثيرها الخصوم ، أو الغير ، تمهيدا للفصل فى موضوع الدعوى القضائية ، ووضع حدا للمناقشات ، عن طريق عدم السماح بإثارة المسائل التى سبق إثارتها من قبل وأبدى فيها القاضى رأيه بشأنها [١] .

والحجية القضائية لاتترتب إلا على الأحكام القضائية الفاصلة فى موضوع الدعوى القضائية .

فى حين أن فكرة استنفاد سلطة القاضى بشأن المسألة التى فصل فيها تسرى بالنسبة لسائر الأحكام القضائية القطعية التى يصدرها القاضى - **سواء كانت فاصلة فى مسألة موضوعية ، أو فى مسألة إجرائية ، داخل الخصومة القضائية** [٢] ، [٣] .

---

(١) أنظر : السيد عبد العال تمام - الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن - ص ١٥٦ .

(٢) أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند٨٣ ص١٣٧. وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٥/٣/٣ - مجموعة الخمسين عاما - بند ١٤٢٧ - ص٢٦١٤. حيث قضى فى هذا الحكم القضائى بأنه : " بالحكم القضائى الصادر بقبول الإستئناف شكلا ، تكون المحكمة قد استنفدت ولايتها على شكل الإستئناف ، بحيث لاتملك العودة إليه ، والحكم بعدم قبوله " .

(٣) أما الأحكام القضائية الصادرة قبل الفصل فى موضوع الدعوى القضائية ، فإنها لاتؤدى إلى استنفاد سلطة القاضى بشأنها ، بحيث يجوز للقاضى الذى أصدرها الرجوع عنها ، أنظر : **السيد عبد العال تمام** - الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن - ص١٥٦ .

والحكم القضائى القطعى – كما عرفته محكمة النقض المصرية – هو الحكم القضائى الذى يضع حدا للنزاع فى جملته ، أو فى جزء منه ، أو فى مسألة متفرعة عنه ، بفصل حاسم فيه من جانب المحكمة التى أصدرته [1] .

فالقاعدة أنه إذا فصلت المحكمة فى مسألة معينة ، بحكم قضائى قطعى ، فإن سلطتها بشأنها تكون قد انقضت ، وتكون هذه المسألة قد خرجت من ولايتها بحيث لايجوز لها أن تعود إليها مرة أخرى ، لتعديل قرارها ، ولو كان ذلك برضاء الخصوم [2] .

كما يحظر على الخصوم إثارة نفس المسألة التى فصل فيها الحكم القضائى داخل الخصومة القضائية من جديد [3] .

الأحكام القضائية التى تحوز الحجية القضائية :

الحجية القضائية – **كأثر للعمل القضائى** – لاتكون إلا للقرارات الصادرة من المحاكم ، بموجب سلطتها القضائية ، وليس بموجب سلطتها الولائية – **سواء كانت صادرة من المحاكم المدنية ، أم من المحاكم الجنائية أم من المحاكم الإدارية ، وسواء كان الحكم القضائى صادرا من محكمة عادية ، أم من محكمة استثنائية** [4] .

ولاتثبت الحجية القضائية للحكم القضائى إلا إذا كان صادرا فى حدود ولاية الجهة التى تتبعها المحكمة التى أصدرته .

---

[1] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧١/٣/٩ – مجموعة أحكام النقض – س (٢٢) – ص٢٦٢ .

[2] أنظر : وجدى راغب فهمى – مبادئ – ص٤٥ .

[3] أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند٨٣ص١٣٧ .

[4] أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٥٩ .

فالحكم القضائى الصادر من جهة قضاء خارج حدود ولايتها ، يكون معدوم الحجية القضائية خارج الجهة صاحبة الولاية فى الفصل فى النزاع (١) .

فإذا صدر حكما قضائيا بالمخالفة لقواعد الإختصاص القضائى الوظيفى فإنه لايحوز الحجية القضائية أمام محاكم الجهة صاحبة الولاية ، ويكون له الحجية القضائية أمام محاكم الجهة التى أصدرته (٢) .

كما يجب أن يكون الحكم القضائى قطعيا ، كشرط لحيازته الحجية القضائية .

وقد اختلف فقه القانون الوضعى حول مدى تمتع الأحكام القضائية القطعية التى لاتفصل فى موضوع الدعوى القضائية بالحجية القضائية ، كالأحكام القضائية الفاصلة فى مسائل إجرائية - **كالحكم القضائى الصادر بعدم الإختصاص القضائى ، أو برفض الدفع بعدم الإختصاص القضائى ، والحكم القضائى الصادر ببطلان صحيفة الدعوى القضائية ، أو بسقوط الخصومة القضائية ، أو برفض الدفع ببطلان الخصومة القضائية ، أو بسقوطها ؟ .**

فذهب جانب من فقه القانون الوضعى (٣) **، وبعض أحكام محكمة النقض المصرية** (٤) إلى أنه إذا حسمت المحكمة النزاع فى المسائل المعروضة عليها فإن سلطتها بشأنها تكون قد انقضت ، ولم تعد لها أية ولاية فى إعادة بحثها

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠ - مجموعة النقض - س (١٩) - ص١٩٩١ ، ١٩٧٨/١/١٨ - مجموعة النقض - س (٩) - ص٢٤٠ ، ١٩٦٧/٥/٢ - مجموعة أحكام النقض - س (١٨) - ص٩٣ .

(٢) **أنظر : السيد عبد العال تمام - الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن - ص ١٥٩ .**

(٣) أنظر : رمزى سيف - الوسيط - بند٥٤ ص٦٩٠ ، عبد الرزاق أحمد السنهورى - الإثبات بند٢٣٥ ص٨٥٠ .

(٤) من هذه الأحكام ، أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨١/٢/١٠ - مجموعة الخمسين عاما - بند١٦٠٢ - ص٢٧٣ .

أو تعديل قضائها ، ولو كان ذلك باتفاق الخصوم أنفسهم ، ويعمل بهذه القاعدة بالنسبة لسائر الأحكام القضائية القطعية - **سوا كانت أحكاما قضائية موضوعية ، أوكانت أحكاما قضائية فرعية .**

في حين ذهب جانب آخر من فقه القانون الوضعي [١] ، وبعض أحكام محكمة النقض المصرية [٢] - وبحق - إلى أن الأحكام القضائية القطعية التي لاتفصل في موضوع الدعوى القضائية ، لاتحوز الحجية القضائية وإنما تتعلق بنظام آخر ، هو نظام استنفاد سلطة القاضي بشأن المسألة التي فصل فيها ، ويترتب على صدور هذه الأحكام ، إستنفاد سلطة القاضي بشأنها بحيث لايجوز له أن يرجع فيها - **لتعديلها ، أو لإلغائها .**

وقد تثور أمام القاضي الذي ينظر الدعوى القضائية مسألة أولية ، يكون الفصل فيها أمرا لازما للفصل في الدعوى القضائية الأصلية . وتفصل المحكمة في كل مسألة أولية تدخل في اختصاصها القضائي ، إعمالا لقاعدة أن قاضي الدعوى القضائية هو قاضي الدفع .

أما إذا كانت المسألة الأولية تدخل في الإختصاص القضائي لمحكمة أخرى فإن المحكمة المثار أمامها هذه المسألة ، يكون عليها أن توقف الفصل في الدعوى القضائية الأصلية ، لحين الفصل في المسألة الأولية ، من المحكمة المختصة بها .

---

(١) أنظر : فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - بند٩٢ص١٥٤ ، السيد عبد العال تمام - الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن - ص١٦٠، ١٦١.

(٢) من هذه الأحكام : نقض أحوال شخصية - جلسة ١٩٦٥/٣/٣ - مجموعة الخمسين عاما - بند- ١٤٢٧ص٢٦١٤ .

ولا يحوز الحكم القضائى الصادر فى المسألة الأولية الحجية القضائية ، لأنه لايعد قضاء موضوعيا [١] ، وتنحصر فاعليته داخل الخصومة القضائية التى صدر فيها [٢] .

أما إذا كانت المسألة الأولية تصلح لأن تكون محلا لدعوى قضائية أصلية فإن الحكم القضائى الصادر فيها يحوز الحجية القضائية ، بشرط أن تكون المسألة الأولية قد أثيرت أمام المحكمة [٣] . **ومثال ذلك :**

الحكم القضائى الصادر فى دعوى التزوير الفرعية ، والتى أثيرت كطلب عارض .

والحكم القضائى الصادر فى الدفع بإنكار حق المدعى فى الملكية ، والمثار أثناء نظر دعوى قسمة المال الشائع [٤] .

والحكم القضائى الصادر فى الدفع ببطلان عقد من العقود ، والمثار أثناء طلب تنفيذه [٥] .

حجية الحكم القضائى الوقتى :

تصدر الأحكام القضائية الوقتية فى شكل أحكام قضائية مستعجلة لمواجهة ظروف طارئة ، ومتغيرة ، تقتضى بطبيعتها التدخل السريع .

ومن أمثلة الأحكام القضائية الوقتية :

---

[١] أنظر : وجدى راغب فهمى – مبادئ – ص٤٩ ، السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٦١ .

[٢] أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند٨٦ ص١٤٢ .

[٣] أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٦١ .

[٤] أنظر : محمود محمد هاشم – قانون القضاء المدنى – الجزء الثانى – ص٤٣٤ ومابعدها .

[٥] أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهورى – الإثبات – بند ٣٦٠ ص٨٦٧ .

الحكم القضائى الصادر بإثبات حالة عقار من العقارات .

والحكم القضائى الصادر بتقرير نفقة مؤقتة .

وقد ذهب جانب من فقه القانون الوضعى [1] ، **وبعض أحكام محكمة النقض المصرية** [2] إلى أن الأحكام القضائية الوقتية الصادرة من قاضى الأمور المستعجلة لاتحوز الحجية القضائية ، لأنها لاتقيد قاضى الموضوع ولا القاضى الذى أصدرها ، وإن كان لايجوز إثارة النزاع الذى فصل فيه القاضى المستعجل من جديد ، متى كانت الظروف التى صدر فى ضوئها لم يطرأ عليها أى تغيير .

فى حين ذهب جانب آخر من فقه القانون الوضعى [3] إلى أن الأحكام القضائية الوقتية تحوز الحجية بالمعنى الفنى الدقيق ، ولايحول دون حيازتها للحجية القضائية ، عدم تقيد محكمة الموضوع بها ، لأن ذلك يرجع إلى اختلاف الدعوى القضائية الموضوعية عن الدعوى القضائية الوقتية .

الأصل أن الحجية القضائية تكون لمنطوق الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، دون بقية عناصره الأخرى :

عناصر الحكم القضائى ثلاثة :

العنصر الأول :

المنطوق :

وهو القرار الصادر من القاضى بالفصل فى النزاع المعروض عليه ، برمته أو فى جزء منه .

---

(1) أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهورى – الإثبات – بند٣٥٩ ص٨٦٠ .

(2) من هذه الأحكام ، أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٨/٢/٧ – ذات الموضع السابق ، ١٩٨١/٦/١٦ – مجموعة الخمسين عاما – بند١٤٤٣ – ص٢٦١٨ .

(3) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند٨٩ ص١٤٥ .

العنصر الثانى :

الأسباب :

وهى الدعائم ، والحيثيات التى يقوم عليها منطوق الحكم القضائى .

والعنصر الثالث :

الوقائع :

وهى تسجيلا لكل مادار فى الخصومة القضائية ، وما قدم فيها ، وماتم اتخاذه من إجراءات قضائية (١) .

والأصل أن الحجية القضائية لاتثبت إلا لمنطوق الحكم القضائى باعتباره الإجراء الذى يحدد به القاضى مضمون الحماية القضائية (٢) .

ويشترط لحيازة منطوق الحكم القضائى للحجية القضائية أن يكون فاصلا فى مسألة واقع ، لافى مسألة قانونية (٣) ، وأن تكون هذه المسألة محلا لنزاع بين الخصوم ، وكانت موضوعا لطلباتهم ، ودفوعهم (٤) .

---

(١) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند ٨٩ ص١٦٤ .

(٢) أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٦٣ ؛ وانظر أيضا نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥ – مجموعة النقض – س (١٤) – ص٦٢٠ .

(٣) أنظر : السيد عبد العال تمام – الإشارة المتقدمة . عكس هذا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٨/٦/٢٠ – مجموعة النقض – س (١٩) – ص١٩٩٠ . حيث قضى فى هذا الحكم القضائى بأنه : " لايمنع من حيازة قضاء الحكم القضائى للحجية القضائية ، كون هذا القضاء قد تناول الفصل فى مسألة قانونية ، ذلك لأن الحكم القضائى الصادر لم يقرر قاعدة قانونية مجردة " .

(٤) أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهورى – الإثبات – بند ٣٦٠ ص٨٦٨ .

أما أسباب الحكم القضائى :

فإنها لاتتمتع بالحجية القضائية ، ولكن فى بعض الأحيان تحوز الحجية القضائية ، عندما تكون مرتبطة بمنطوق الحكم القضائى إرتباطا وثيقا ، بحيث لايقوم لمنطوق الحكم القضائى قائمة إلا بها فتكون معه وحدة لاتتجزأ [1] ، أو قد لايفهم المقصود من منطوق الحكم القضائى إلا بالرجوع إلى أسبابه . وعندئذ ، تكون الحجية القضائية لمنطوق الحكم القضائى بالتحديد الوارد فى أسبابه [2] .

وبالنسبة لوقائع الحكم القضائى :

فإنها لاتحوز فى الأصل الحجية القضائية ، إلا أنه – **وفى بعض الأحيان** – لايمكن معرفة مضمون الحكم القضائى ، ونطاقه ، إلا بالرجوع إلى وقائعه ، فتكون الحجية القضائية لمنطوق الحكم القضائى على النحو الذى بينته الوقائع [3] .

الحجية القضائية الصريحة ، والحجية القضائية الضمنية :

الأصل أن الحكم القضائى الذى يفصل صراحة فى الدعوى القضائية الأصلية هو الذى يحوز الحجية القضائية ، إلا أنه – **وفى بعض الأحيان** –

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٦٣/٦/٦– ذات المجموعة السابقة – بند ١٤١٨– ص٢٦١٣ ، ١٩٦٤/١٢/٣– ذات المجموعة السابقة – بند١٤٢٥– ص٦١٤ ، ١٩٦٧/٤/٢٧٢٥ – ذات المجموعة السابقة – بند ١٤٧٥ ص٢٦ ، ١٩٦٩/٧/٣– ذات المجموعة السابقة – بند١٤٧٥– ص٢٦٢٨ ، ٢٨ /١٩٨٢/١– مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية فى خمسين عاما – بند١٤٦٧– ص٢٦٢٦ .

(٢) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند ٨٩ ص١٤٧ .

(٣) أنظر : فتحى والى – الإشارة المتقدمة ، وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٨/٦/٢٠ – مجموعة الخمسين عاما – بند ١٤٦٦– ص٢٦٢ .

تعبر المحكمة عن قرارها ضمنيا ، بالنسبة لبعض نقاط النزاع ، أو بالنسبة لما يطرح عليها من دعاوى قضائية فرعية ، ودفوع ، بمناسبة الدعوى القضائية الأصلية المعروضة عليها . **ومثال ذلك** :

الحكم القضائى الذى يصدر بصحة الإجراءات التى اتخذت ، لتنفيذ سند تنفيذى معين ، فإنه يعنى ضمنا صحة هذا السند التنفيذى ، وقابليته للتنفيذ الجبرى .

والحكم القضائى الصادر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر ، يعنى ضمنا صحة عقد الإيجار .

والحكم القضائى الصادر ببطلان عقد البيع الصادر من المورث ، بعد تسجيل الحجر ، يعنى ضمنا إستحقاق الورثة للشئ المبيع ، دون المشترى . ففى الحالات المتقدمة ، وما شابهها ، فإن الحكم القضائى الصريح يعتبر أنه قد فصل ضمنا فى كل مسألة يفترضها حتما القرار الذى يشتمل عليه [1] .

وتثبت الحجية القضائية للمنطوق الضمنى مادام هو النتيجة الحتمية للمنطوق الصريح [2] .

ويشترط جانب من فقه القانون الوضعى [3] أن يكون الحكم القضائى الضمنى فاصلا فى الدعوى القضائية المطروحة على المحكمة – **سواء فى صورة صريحة ، أم فى صورة ضمنية** – لكى يحوز الحجية القضائية .

---

(١) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند٨٧ ص١٤٣ ، السيد عبد العال تمام -- الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٦٥ .

(٢) أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهورى – الإثبات – بند٣٦٠ ص٨٦٤ ، وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٧/١٢/١٤ – مجموعة النقض – س (٢٨) – ص١٧٨٤ . حيث قضى فى هذا الحكم القضائى بأنه : " لاحجية للحكم القضائى إلا فيما يكون قد قضى فيه بين الخصوم بصفة صريحة ، أو بصفة ضمنية حتمية ، سواء فى المنطوق ، أو فى الأسباب المتصلة به اتصالا لايقبل التجزئة ، والتى لايقوم المنطوق بدونها " .

أما إذا لم يكن الحكم القضائى الضمنى فاصلا فى دعوى قضائية مطروحة على المحكمة ، فإنه لايحوز الحجية القضائية .

كما أنه لايحوز الحجية القضائية مايرد فى الحكم القضائى على غير سبيل القضاء [1] .

فما يرد فى الحكم القضائى من إشارات عابرة ، أو ذكر عرضى لمسألة ما لايحوز الحجية القضائية ، لأن العبرة دائما تكون بما فصلت فيه المحكمة بالفعل بالقول الصريح المباشر ، أو الضمنى الواضح ، وتمت بشأنه المواجهة بين الخصوم فى الإجراءات القضائية [2] ، [3] ، [4] .

نسبية الحجية القضائية :

تنص المادة (١٠١) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ على أنه :

---

(٣) أنظر : فتحى والى – الإشارة المتقدمة .

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية والتجارية – بند٥٦١ ص٧٥٤ ، السيد عبد العال تمام – الأوامر، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٦٦ .

(٢) أنظر : عزمى عبد الفتاح – القضاء المدنى – ص٢١٩ .

(٣) ويعتبر خصما حقيقيا فى الدعوى القضائية ، كل من تدخل ، أو أدخل فيها .

(٤) أنظر : وجدى راغب فهمى – مبادئ – ص٤٤ ، وانظر أيضا : نقض أحوال شخصية – جلسة ٢٣/٣/ ١٩٦٦– مجموعة الخمسين عاما – بند١٤٣٨– ص٢٦١٧

" لاتكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا فى نـزاع قـام بيـن الخصـوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق بذات الحق محلا وسببا " .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أن الحجية القضائية ليست فى الأصل مطلقة ، بل هى نسبية – **سواء من حيث الأشخاص ، أم من حيث الموضوع** – فلا تفيد ، ولاتضر غير الخصوم الحقيقيين فـى الدعـوى القضائية ، ولايتعدى نطاقها موضوع الدعوى القضائية " **المحل ، والسبب** " الذى فصل فيه القاضى .

فيشترط فى الحكم القضائى الذى يحوز الحجية القضائية مايلى :

الشرط الأول :

وحدة الدعويين القضائيتين :

فإذا اختلفت الدعوى القضائية الجديدة عن الدعـوى القضائيـة السابق الفصل فيها ، فى أى عنصـر مـن عناصر الدعـوى القضائيـة الثلاث " **الأشخاص ، المحل ، والسبب** " ، كنـا بصـدد دعـوى قضائيـة جديـدة ولايكون للحكم القضائى الصادر فى إحداها ، حجية قضائية بالنسبة للدعـوى القضائية الأخرى .

الشرط الثانى :

وحدة الخصوم فى الدعويين القضائيتين :

لاتسرى الحجية القضائية بالنسبة للحكم القضائى إلا بالنسـبة للخصـوم أنفسهم – دون غيرهم – فالحكم القضائى لاتنصرف آثاره إلا إلى أطرافـه [١] ولايحوز الحكم القضائى الحجية القضائية فى مواجهة شخص معيـن ، إلا إذا كان ذلك الشخص طرفا فى المركز القانونى محل الحماية القضائية ، وطرفـا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم القضائى [٢] .

---

[١] أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٦٦، ١٦٧ .

فلايحتج بالحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية إلا علـــى الخصـوم الذين كانوا ممثلين فى الدعوى القضائية ، والتى صـــدر فيـها هــذا الحكـم القضائى [(١)] .

والعبرة فى وحدة الخصوم هى باتحادهم من حيث صفاتهم ، لامـن حيث أشخاصهم :

فإذا رفضت الدعوى القضائية بملكية عقار من العقارات ، والمرفوعـــة من الوصى نيابة عن القاصر ، فإن هذا لايمنع الوصى من المطالبة بملكيـــة ذات العقار لنفسه [(٢)] .

كما يكون الحكم القضائى الصادر ضد قاصر مثله وليـــه فـــى الخصومـــة القضائية حجة عليه فى خصومة قضائية تالية ، ولو كان القاصر قد بلغ سـن الرشد ، وباشر ذات الدعوى القضائية بنفسه [(٣)] .

وحجية الأحكام القضائية ليست قاصرة على أطرافها الذين كـــانوا ممثلين بأشخاصهم فى الخصومة القضائية ، بل تمتد إلى خلفائهم

---

(٢) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند ٩٠ ص١٤٩، ١٥٠ .

(١) **أنظر : نقض أحوال شخصية – جلسة ١١/٣/ ١٩٦٤ – مجموعة الخمسين عامـا – بند ١٤٢٠ – ص٢٦١٣ ، ١٦/٣/١٩٧٢ – مجموعة الخمسين عاما – بند١٤٩٦– ص٢٦٣٤ ، ٢٢ /١١/١٩٧٨– مجموعة الخمسين عاما – بند ١٥٥٣– ص٢٦٥٢ .**

(٢) **أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٠/٢/١٩٨١– فى الطعن رقم (٤٥١) – لسنة (٤٧) ق ، ٧/٣/١٩٤٠ – مجموعة عمر – ٣ – بند٣٩ – ص١١٤ .**

(٣) **أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند٩١ ص١٥٠ .**

- سواء كانت خلافة عامة ، أو خلافة خاصة :

فيكون للحكم القضائى الحجية القضائية بالنسبة لورثة كل من الخصمين فى الدعوى القضائية ، فيصبح حجة لهم ، أو عليهم ، تبعا لما إذا كان السلف هو الخصم الذى كسب الدعوى القضائية ، أو كان هو الخصم الذى خسرها [١] .

أما بالنسبة للخلف الخاص للخصوم فى الدعوى القضائية :

فإن الحكم القضائى الصادر لايكون حجة بالنسبة له ، إلا إذا كانت العين قد انتقلت إليه بعد رفع الدعوى القضائية ، والتى صدر فيها الحكم القضائى . أما إذا كانت الخلافة قد حدثت قبل رفع الدعوى القضائية ، فإن الحكم القضائى الصادر فى مواجهة الطرفين يكون حجة بالنسبة له [٢] .

أما إذا كان الشخص من الغير - **أى لم يكن طرفا فى الخصومة القضائية أو خلفا لأحد أطرافها** - فإنه لايستفيد ، ولايضار من الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، لأن الحكم القضائى لايفيد ، ولايضر سوى أطرافه فإذا تمسك أحد الخصوم بالحكم القضائى الصادر فى مواجهة الغير ، كان لهذا الأخير الدفع بنسبية الأحكام القضائية ، حتى ولو كانت المسألة المحكوم فيها مسألة كلية شاملة [٣] ، أو كان الحكم القضائى صادرا فى موضوع غير قابل للتجزئة [٤] .

---

[١] أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهورى - الإثبات - بند٣٦٦ ص٨٧٩ .

[٢] أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١١/٦/ ١٩٦٨- مجموعة الخمسين عاما -بند١٤٦٤- ص ٢٦٢٥ .

[٣] أنظر : السيد عبد العال تمام - الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن - ص١٦٩ .

[٤] أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند٩١ ص١٥١ .

على أن عدم امتداد الحجية القضائية إلى الغير لاتعنى عـدم احترامـه للحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، أو تجاهل المركـز القـانونى الذى أوجده .

فاحترام الأحكام القضائية يكون واجبا على الناس كافة ، كما يلتزمون بترتيب أوضاعهم على أساس الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية .

فالحكم القضائى الصادر بتقرير ملكية عقار من العقـارات لشـخص معيـن يوجب على المستأجر - **باعتباره شخص من الغير** - إحترام هـذا الحكـم القضائى كواقعة ، والتصرف على أساسه ، ودفع الأجرة إلى المحكـوم لـه ولو كان قد استأجر العقار من المحكوم عليه [١] ، إلا أن هذا الحكم القضـائى لايمنع المستأجر من المطالبة بملكية العقار لنفسه ، لأنه لم يكن طرفـا فـى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية [٢] .

الشرط الثالث :

وحدة الموضوع فى الدعويين القضائيتين :

تقتصر الحجية القضائية على موضوع الدعوى القضائية الـذى فصـل فيـه الحكم القضائى ، فإذا رفعت دعوى قضائية جديدة بذات الموضـوع السـابق الفصل فيه قضاء ، فإنه يمكن دفعها بالحجية القضائية [٣] ، [٤] .

---

[١] أنظر : السيد عبد العال تمام - الإشارة المتقدمة .

[٢] فى بيان الإختلاف فى فقه القانون الوضعى حول الأحكام القضائية المتعلقة بالحالة المدنية للشـخص - مثل الأحكام القضائية الصادرة فى مسائل الجنسية ، الأبوة ، البنوة ، أو الخاصة برابطة الزوجيـة - مـن حيث مدى جواز تمتعها بالحجية القضائية - سواء فى ذلك الحجية القضائية المطلقة ، أم الحجية القضائيـة النسبية - أنظر : السيد عبد العال تمام - الأوامر ، والأحكام ،وطرق الطعن - ص١٦٩، ١٧٠ .

[٣] أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهورى - الإثبات - بند٣٦٩ ص٨٩٣ .

[٤] ويقصد بموضوع الدعوى القضائية : الشئ المطالب به أمام القضاء .

فلا يجوز لمن حصل على حكم قضائى بتعويض عن الضرر الذى أصابه أن يطالب بالتعويض عن نفس الضرر مرة أخرى ، ولكن ذلك لايمنعه من المطالبة بتعويض آخر ، إستجد من نفس الفعل الضار [١] .

ويجوز للمستأجر أن يطالب المؤجر بتركيب مصعد ، بعد الحكم القضائي الصادر فى دعواه القضائية الأولى ، والتى يطالب فيها المؤجر بتخفيض الأجرة ، لعدم تركيب المصعد [٢] ، [٣] .

والعبرة بالطلبات القضائية التى فصل فيها الحكم القضائى فعلا .

فإذا تعددت الطلبات القضائية ، وفصل الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية فى بعضها ، وأغفل الفصل فى البعض الآخر منها ، فإن الحكم القضائى لايحوز الحجية القضائية إلا فيما فصل فيه من طلبات قضائية ويجوز التقدم بالطلبات القضائية التي لم يتم الفصل فيها مرة أخرى أمام نفس المحكمة ، أو أمام أية محكمة أخرى ، للفصل فيها من جديد [٤] .

---

[١] أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٧١ .

[٢] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٦/٢/١ – مجموعة أحكام النقض – س (١٧) – ص٢٢١ .

[٣] فى بيان تطبيقات قضائية أخرى فى هذا الشأن ، أنظر : عزمى عبد الفتاح – القضاء المدنى – ص٢٢٣ ، السيد عبد العال تمام – الإشارة المتقدمة ، وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – ١٩٧٩/١٢/١٨ – مجموعة أحكام النقض – س (٣٠) – ص٣٤٣ ، ١٩٦٨/٣/٢٨ – مجموعة أحكام النقض – س (١٩) – ص٦٥٥ .

[٤] أنظر : محمود محمد هاشم – القضاء المدنى – الجزء الثالث – بند٢٥٩ ص٤٤٠ .

والشرط الرابع :

وحدة السبب فى الدعويين القضائيتين :

لايكفى اتحاد الخصوم ، والمحل فى الدعويين القضائيتين ، لكى يحوز الحكم القضائى الحجية القضائية ، وإنما يجب كذلك اتحاد السبب فيهما .

فإذا اختلفت الدعوى القضائية الجديدة عن الدعوى القضائية السابق الفصل فيها من ناحية السبب ، فإنه يمتنع دفعها بالحجية القضائية [١] .

فيجوز لمن طالب بملكية منزل على أساس الشراء ، أن يطالب به مرة ثانية على أساس الميراث ، أو على أساس الوصية ، أو على أساس التقادم المكسب .

بل يجوز لمن رفضت دعواه القضائية بملكية منزل للشراء ، أن يطالب به مرة أخرى ، بناء على عقد بيع آخر ، غير عقد البيع الذى رفضت دعواه القضائية الأولى على أساسه ، لأن المماثلة بين السببين لاتمنع من ازدواجهما [٢] .

---

(١) ويقصد بالسبب :

الوقائع القانونية التى تؤدى إلى منح الحماية القانونية . فى دراسة سبب الدعوى القضائية ، أنظر : هشام صادق – المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضى تغييره – المحاماه المصرية –١٩٧٠ – العدد الرابع ، أحمد السيد صاوى – الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشئ المحكوم فيه – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٧١ ، نـ ـل إسماعيل عمر – سبب الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف –١٩٧٨ – ..ـه المعارف بالأسكندرية ، عزمى عبد الفتاح – أساس الإدعاء أمام القضاء المدنى ١٩٨١– دار النهضة العربية .

(٢) أنظر : ع، رزاق أحمد السنهورى – الإثبات – بند ٣٧٤ ص٩٠٦ .

ويجب التمييز بين السبب بالمعنى المتقدم ، وأدلة الإثبات القانونية أو الواقعية التي يتقدم بها الخصم لإثبات مايدعيه :

فلا يجوز للمدين الذى رفضت دعواه بالتخلص من الدين بالوفـــاء ، لعـدم اقتناع المحكمة بشهادة الشهود ، أن يرفع دعوى قضائية جديـــدة ، متمســكا بالسبب نفسه ، وهو الوفاء ، ولكن مستندا إلى الدليل المكتـــوب ، أو شــهادة أشخاص آخرين [١] ، [٢] .

تعلق الحجية القضائية بالنظام العام فى مصر :

تنص المادة (٢/١٠١) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لســنة ١٩٦٨ على أنه :

" **تقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها** " .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أن الحجية القضائية تتعلـق بالنظام العام فى مصر ، حفاظا على وقت القضاء ، والحيلولة دون تعــارض الأحكام القضائية ، وحفاظا على هيبة القضاء .

ولهذا ، فإنه يجب على القاضى إذا عرضت عليه دعوى قضائية سبق الفصـل فيها ، أن يحكم بعدم قبولها . كما يجب على النيابة العامــة إذا تدخلـت فـى

---

(١) أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٧٣ .

(٢) **أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٠/١/١٩ – مجموعة النقض – س (٣١) – ص٣٦٠ . حيث قضى فى هذا الحكم القضائى بأنه : " متى صدر الحكم القضائى فـى الدعوى القضائية ، وحاز حجية الأمر المقضى ، فإنه يمتنع على الخصوم فى الدعـوى القضائية التى صدر فيها العودة إلى المناقشة فى المسألة التى فصل فيها ، بأية دعـوى قضائية تالية ، يثار فيها هذا النزاع ، ولو كان ذلك بأدلة قانونية ، أو واقعية ، لم يسبق إثارتها فى الدعوى القضائية الأولى " .**

الدعوى القضائية ، أن تثير الحجية القضائية للحكم القضائى السابق صـــدوره وتطلب من المحكمة عدم قبولها [١] .

إلا أن تعلق الحجية القضائية بالنظام العام فى مصر لاتؤثر علـــى حـــق المحكوم له فى النزول عن الحكم القضائى الصادر فى الدعـــوى القضائيـــة لصالحه ، ولاتحول دون اتفاق الخصوم على تنظيم مختلف لعلاقتهما ، حتـــى بعد صدور الحكم القضائى فى الدعوى القضائية ، إلا أن ذلك يكون مقيدا بمـــا ورد فى المادة (١٤٥) من قانون المرافعات المصرى ، والتى تنص علـــى أنه :

" **النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به** " وماجاء فـــى المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات المصـــرى رقـــم (٢٥) لســـنة ١٩٦٨ ، تعليقا على نص المادة (٢/٢٠١) من جواز تنازل المحكوم له عـــن الحكـــم القضائى ، إذا تنازل عن الحق الثابت به [٢] .

حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـــم يرتب من بين مايرتبه من آثار قانونية - كالحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة تماما - الحجية القضائية :

كان من ضمن ماستند إليه أنصار النظرية القضائية لنظام التحكيم فى تـــأييد وجهة نظرهم أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضـــوع الإتفـــاق علـــى التحكيم يرتب من بين مايرتبه من آثار قانونية - **كالحكم القضـــائى الصـــادر من القضاء العام فى الدولة تماما** - الحجية القضائية . فحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يحوز الحجية القضائية ، المانعة مـــن

---

[١] أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ص١٥٥ ، وانظر أيضا : نقـــض مـــدنى مصرى - جلسة ١٩٧٣/٣/١٤- مجموعة أحكام النقض - س (٢٤) - ص ٤٠٤ .

[٢] أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٧/٥/٤- مجموعة النقض - س (٢٨) - ص١٩٤٦ .

إعادة المناقشة حول ماقضت به هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إلا بالطرق التى تحددها الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - في هذا الشأن ، مثل الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام في الدولة [١] ، أى أنه لايجوز

---

(١) تختلف آثار الأحكام القضائية باختلاف أنواعها ، وتتصل هذه الآثار بكل من القانون الموضوعي ، والقانون الإجرائي :

فيما يتعلق بالقانون الموضوعي :

فإن الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية يؤدى إلى تغيير مدة التقادم المسقط للحق المرفوع به الدعوى القضائية ، فإذا كان هذا الحق يسقط أصلا بالتقادم قصير المدة ، فإن صدور الحكم القضائي في الدعوى القضائية يؤدى إلى جعل الحق المرفوع به الدعوى القضائية يسقط بالتقادم طويل المدة ، أى بمضى خمس عشرة سنة " المادة (٢/٣٨٥) من القانون المدني المصرى " .

كما يؤدى الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية إلى تقوية حق المحكوم له ، وقطع النزاع بشأنه ، حيث ينشئ له سندا رسميا ، يحل محل السند الذى كان أساسا للدعوى القضائية .

كما يخوله الحق في التنفيذ ، إذا كان الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية مشمولا بالنفاذ المعجل ، أو كان حكما قضائيا نهائيا .

كما يمكنه كذلك من الحصول على حق اختصاص على عقارات مدينه ، ضمانا لأصل الدين ، والفوائد ، والمصاريف " المادة (١٠٨٥) من القانون المدني المصرى " .

والآثار القانونية المترتبة على صدور الحكم القضائي في الدعوى القضائية ، يتعلق بعضها بالموضوع ، والبعض الآخر يتعلق بالإجراءات .

ومن أهم الآثار المتعلقة بالموضوع :

حجية الأمر المقضى :

وهى تترتب على الأحكام القضائية الفاصلة في الموضوع .

أما الآثار الموضوعية الأخرى المترتبة على صدور الحكم القضائي في الدعوى القضائية :

فإنها تختلف بحسب ماإذا كان الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية حكما قضائيا تقريريا ، أو حكم قضائيا بإلزام ، أو حكما قضائيا منشئا .

أما فيما يتعلق بالآثار الإجرائية المترتبة على صدور الحكم القضائي في الدعوى القضائية :

فإنها تختلف هى الأخرى باختلاف نوع الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية .

والقاعدة أن الأحكام القضائية القطعية هى وحدها التى يترتب على صدورها استنفاد سلطة المحكمة بشأن المسألة التى فصلت فيها ، كما أنها تخول المحكوم عليه حق الطعن في الحكم القضائي .

المساس بحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلا بالطرق التى تحددها الأنظمة القانونية الوضعية ، إذا كانت هذه تجيز الطعن فيه .

فحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يكون عملا قضائيا ، له خصائص الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام فى الدولة من حيث اكتسابه للحجية القضائية ، بالنسبة للنزاع الذى فصل فيه - **موضوع الإتفاق على التحكيم** - على نحو يمتنع معه على أحد أطراف النزاع الإلتجاء إلى جهة قضائية أخرى .

ولهذ ، نجد أن الرأى قد استقر على أن لأحكام التحكيم الحجية القضائية بالشروط الواردة فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** ، مع الإختلاف حول الوقت التى تحوز فيه تلك الأحكام الحجية القضائية .

فقد قيل فى رأى أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايحوز الحجية القضائية ، إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه من القضاء العام فى الدولة ، لأن الأصل أن الحجية القضائية لاتكون إلا للأحكام القضائية ، وقبل صدور الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من القضاء العام فى الدولة ، لاتكون له طبيعة الأحكام القضائية ، على أساس أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قبل صدور هذا الأمر بتنفيذه من القضاء العام فى الدولة لايتضمن عنصر الإلزام ، والذى يفرض نفسه على القضاء العام فى الدولة [١] .

---

(١) أنظر :

LA COSTE (P .) : De la chose jugee en matiere civile . criminelle . disciplinaire et . 3e ed . Paris . Sirey . 1914 . N . 204 – 207 ; GARSONNET et CEZAR – BRU : op . cit ., T . 8 , N . 295 .

بينما قيل فى رأى آخر أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفـــاق على التحكيم يطبق القانون الوضعى ، حلولا محل إرادة الأفراد ، والجماعات فيعتبر قضاء ، ولكنه ليس قضاء عاما مما تتولاه الدولة .

ونتيجة لذلك ، فإن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيم تكون له الحجية القضائية بمجرد صدوره - **أى التوقيع عليـــه مـــن أعضاء هيئة التحكيم التى أصدرته ، أو من أغلبهم** - ولو كان قابلا للطعـــن عليه بطرق الطعن المقررة قانونا ، أو قابلا لرفع دعـــوى قضائيـــة أصليـــة مبتدأة بطلب بطلانه ، بل ويحوز الحجية القضائية ، ولو لم يصـــدر الأمـــر **بتنفيذه من القضاء العام فى الدولة** (١) ، (٢) ، (٣) ، **وهذا هو الإتجاه الـــذى**

وانظر أيضا :

Cass . Civ . 22 Dec. 1959 . D . 1960 . 685 ; Paris . 28 Juin . 1960 . Rev . Arb . 1960 , 103 .

(١) أنظر :

RUBELLIN - DEVICHI : La nature juridique . P . 336 et s ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op . cit . , P . 332 et s .

وراجع أحكام محكمة النقض الفرنسية ، والتى تبنت هذا الرأى ، والمشار إليها فى : **أحمد أبو الوفـــا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١١٦ ص ٢٨١ - الهامش رقم (١) .

(٢) ومن فقه القانون الوضعى المصرى الذى اعتمد هذا الرأى ، أنظر : **محمد محمود إبراهيـــم - مصطفى كيرة** - أصول التنفيذ الجبرى - ص ٨٨ ، ٨٩ ، **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيـــارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١١٦ ص ٢٧٨ ومابعدها ، **أحمد مسلم** - عقود التجارة الدوليـــة فى مجال نقل التكنولوجيا - ص ٥٢٢ ومابعدها ، **محمود محمد هاشم** - إستنفاد ولايـــة المحكمـــين فى قانون المرافعات - المقالة المشار إليها - ص ٢٦٤ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـــة - بند ٤٤٩ ص ٩٢٦ ، **أحمد ماهر زغلول** - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - ط ســـنة ١٩٩٢ - بند ٤٣ ص ٨١ ، ٨٢ ، والهوامش الملحقة .

(٢) من أحكام القضاء المصرى التى اعتمدت هذا الرأى ، أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٨/٢/١٥ - ٢٩ - ٤٧٢ . والذى جاء فيه أنه : " لما كان الثابت أن طرفى الخصومة قد لجأ إلى التحكيم فيما كان ناشبا بينهما من منازعات ، وكان حكم المحكمين الصادر فى ... قد فصل فيها ، وانتهى إلى اعتبار المطعون عليه مشتريا لنصيب الطاعن فى المنزل الكائن به شقة النزاع ، وكان لم يطعن على هذا الحكم بطريق الإستئناف ، والذى كانت تجيزه المادة (٨٣٧) من قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ ، وكان لاسبيل إلى إقامة دعوى مبتدأة ببطلان حكم المحكمين وفق المادة (٨٤٩) من ذات القانون ، تبعا لأنه مما يجوز استئنافه ، والفرصة متاحة لإبداء كل الإعتراضات عليه ، فإن حكم المحكمين يكون بمجرد صدوره ذا حجية فيما فصل فيه ، وله قوة ملزمة بين الخصوم ، ويسوغ النعى على حكم المحكمين بالبطلان ، إستنادا إلى مخالفة المادة (٨٢٣) من قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ من أن عدد المحكمين كان شفعا ، وليس وترا ، أو أن موضوع النزاع لم يحدد فى مشارطة التحكيم ، أو فى أثناء المرافعة ، فى نص المادة (٨٢٢) من ذات القانون ، أو أن مشارطة التحكيم قد خلت من توقيع المحكمين بالموافقة على مهمة التحكيم ، وفق المادتين (٨٢٦) ، (٨٢٧) من القانون المشار إليه ، أو أن الخصومة فى التحكيم لم تتبع فيها الأصول ، والمواعيد المقررة فى قانون المرافعات ، تبعا لعدم دعوة الطاعن للحضور عملا بالمادة (٨٣٤) من القانون عينه ، فضلا عن أخطاء موضوعية شابت الحكم - أيا كان وجه الرأى فى هذه الأسباب جميعا - تبعا لأنه لايجوز للخصوم أن يأتوا بما يناقض الحجية ، ولأن قوة الأمر المقضى تسمو على اعتبارات النظام العام " . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : محمد محمود إبراهيم - مصطفى كيرة - أصول التنفيذ الجبرى - ص ٨٩ - الهامش رقم (١) ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٢٠ ص ٢٩٤ ، محمود محمد إبراهيم - أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى - ١٩٩٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ٨٨ ، ٨٩ .

وانظر كذلك : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨١/٢/٨ - فى الطعن رقم (١٥٢) - لسنة (٥٠) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - ط ١٩٩٣ - بند ٤٣ ص ٨٢ - الهامش رقم (١) ، نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٩١/١/١٤ - فى الطعنين (٨٨٧) ، (١٥٤) - لسنة (٥٩) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٤٤٩ ص ٩٢٦ ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ١٤٨ ومايليه ص ٢٧٤ ومابعدها .

وانظر مع ذلك : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٢/١/٣ - المجموعة ١٣ - ص ١٣ ، والذى قضى بإمكانية إعادة النظر فى قرارات هيئات التحكيم ، إذا تغيرت الظروف الإقتصادية . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد ماهر زغلول - الإشارة المتقدمة .

أخذت به المادتان (١٤٧٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (٥٥) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

فقد حسمت النصوص القانونية الوضعية المستحدثة فى مجموعة المرافعات الفرنسية خلافا ، واضطرابا فى فقه القانون الوضعى الفرنسى ، والقضاء حول هذه المسألة ، بتقريرها أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تكون له - وبمجرد صدوره - الحجية القضائية بالنسبة للمسألة التى فصل فيها " المادة (١٤٧٦) من مجموعة المرافعات **الفرنسية** " [١] .

ورغم اختلاف منهج المشرع الوضعى الفرنسى ، وتفرقته بين التحكيم الداخلى ، والتحكيم الدولى ، إلا أنه - **وبصدد حجية حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** - أحال فى النصوص المنظمة للتحكيم الدولى إلى نص المادة (١٤٧٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية - والواردة فى الأبواب المخصصة للتحكيم الداخلى - وهذه المادة تضفى

---

(١) فى اضطراب أحكام القضاء الفرنسى فى خصوص هذه المسألة قبل صدور النصوص القانونية الوضعية المستحدثة ، أنظر :

Paris . 6 Juill . 1971 , D . 1971 . 614 . concl . GRANJON ; J . C . P . 1972 . 11 . 16993 . Note : LEVEL ; Rev . Arb . 1971 . 119 , Note : ROBERT ; Civ . 2e . 7 Juin 1972 . D . 1973 . 73 . Note : ROBERT ; Rev . Arb . 1974 . 91 , Note : LOQUIN ; Com . 3Avr . 1981 , D . 1981 . 377 , Note : DERRIDA .

وانظر أيضا : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - ط١٩٩٢ - ص ٨٥ ، ٩١ ، والهوامش .

الحجية على حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم منذ لحظة صدوره ، فتنص على أنه :

" تكون لحكم التحكيم منذ صدوره حجية الشئ المقضى فيما يتعلق بالخلاف الذى يحسمه " .

فتنبسط الحجية القضائية على أحكام التحكيم الدولى - **أيا كان القانون المطبق على النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وأيا كان المكان الذى صدر فيه حكم التحكيم** - ولكن حرص المشرع الوضعى الفرنسى على إبراز نطاق هذه الحجية القضائية من حيث الموضوع .

فنص المادة (١٤٧٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية يربط هذه الحجية القضائية ، ويخصصها بما صدر .

كما أن المشرع الوضعى الفرنسى - وبالنسبة للتحكيم الداخلى - يسمح برفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لعدم مراعاة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لحدود مهمة التحكيم المعهود بها إليها .

وحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايتمتع بقوة الأمر المقضى إلا إذا تنازل الأطراف ذوو الشأن مسبقا عن الطعن فيه بالإستئناف ، أو كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، دون تحفظ الأطراف ذوى الشأن ، وإعلان تمسكهم بالحق فى الطعن فيه بالإستئناف .

وقاعدة تمتع حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالحجية القضائية لاتتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى ، وهذا يعنى عدم إمكان الحكم بمقتضاها ، إلا فى حالة تمسك أحد الأطراف ذوو

الشأن بها ، ولاتقضى به هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو القضاء العام فى الدولة من تلقاء نفسه - سواء فى مجال التحكيم الداخلى ، أو فى مجال التحكيم الدولى [١] .

ويختلف الأمر بالنسبة لحكم التحكيم الأجنبى - أى الصادر خارج فرنسا أو الصادر فى منازعة تتعلق بالتجارة الدولية - فرغم التسوية بينه ، وبين حكم التحكيم الداخلى ، بخصوص اكتسابه للحجية القضائية منذ لحظة صدوره فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إلا أن أحكام التحكيم غير الداخلية فى فرنسا تصدر أيضا متمتعة بقوة الشئ المقضى ، لأنها لاتخضع لطرق الطعن التى يخضع لها حكم التحكيم الداخلى فى فرنسا .

فوفقا لنص المادة (١٥٠٧) من مجموعة المرافعات الفرنسية - والواردة فى النصوص المنظمة لطرق الطعن فى أحكام التحكيم الأجنبية ، أو الدولية - لاتسرى نصوص الباب الرابع الخاصة بطرق الطعن فى أحكام التحكيم الصادرة فى خارج فرنسا ، أو الصادرة فى مواد التحكيم الدولى .

ولذلك ، يعتبر باطلا الشرط الذى ينص على إخضاع حكم التحكيم الصادر فى خارج فرنسا ، أو الصادر فى تحكيم دولى للطعن بالإستئناف ، بل ويبطل شرط التحكيم نفسه ، إذا كان هذا الإشتراط يمثل بندا جوهريا فى شرط التحكيم [٢] .

والتمسك بحجية حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هو أمرا لايتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى - سواء

---

[١] أنظر :

Paris . 9/6/1983 . Rev. Arb. 1983. P. 497. Obs : TISSIER ; 13/11/1987. Rev. Arb. 1989. P. 62. Obs : COUCHEZ.

[٢] أنظر :

Paris, 12/12/1989. Rev. Arb. 1989. P. 863, Obs : LEVEL.

والتمسك بحجية حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هو أمرا لايتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى - سواء فى التحكيم الداخلى ، أو فى التحكيم الدولى .

فحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والذى يتجاهل حجية الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، لايمثل إخلالا بالنظام العام الدولى [١] .

وتنص المادة (٥٥) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضى وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فى هذا القانون** " . وإذا أضفنا إلى ذلك عدم قابلية حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى ، فإن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايكتسب بمجرد صدوره الحجية القضائية فحسب ، وإنما يصدر أيضا حائزا لقوة الأمر المقضى .

---

[١] فى دراسة حجية حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ونطاقها فى القانون الوضعى الفرنسى ، أنظر :

BOUILES (R .) : Sentences arbitrales . autorite de la chose Jugee et ordonnance d'exequature . J . C . P . 1961 . 1 . 1660 ; PERROT (ROGER) : Institutions Judiciaires . 1eme edition . Montchrestien . Paris . N . 220 et s .

وانظر أيضا : محمد نور عبد الهادى شحاته - الرقابة على أعمال المحكمين - ص ١٣٨ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ١٥٣ ومايليه ص ٢٨٦ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ١٣١ ومابعدها .

وتكون لحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الحجية القضائية بمجرد صدوره .

ونتيجة لذلك ، فإنه لايجوز لأى من الخصمين أن يلجأ إلى القضاء العام فى الدولة بعد صدوره ، ويكون لحكم التحكيم الحجية القضائية ، ولو كان قابلا للطعن فيه . كما أن الحجية القضائية تثبت له ، ولو قبل شموله بأمر التنفيذ الصادر من القضاء العام فى الدولة [١] .

فإذا كانت إرادة الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هى الأساس الذى ترتكز عليه أحكام التحكيم ، فإنها تستطيع أن تضفى عليها قوة إجرائية ، بحيث يكون حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم حجة بما يتضمنه من قضاء ، فيمتنع سماع الدعوى القضائية بين أطرافه – **وفى ذات الموضوع** – من جديد [٢] ، ولايجوز إثارة النزاع نفسه

---

(١) فى دراسة الحجية القضائية لحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى القانون الوضعى المصرى ، أنظر : **أحمد أبو الوفا** – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١١٦ ص ٢٧٦ ومابعدها ، **فتحى والى** – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٤٩ ص ٩٢٦ ، **محمد نور عبد الهادى شحاته** – الرقابة على أعمال المحكمين – ص ١٢٨ ومابعدها ، **محمد محمود إبراهيم** – أصول التنفيذ الجبرى – ١٩٩٤ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ٨٨ ، ٨٩ ، **عبد الحميد المنشاوى** – التحكيم الدولى ، والداخلى – ص ٧٨ ومابعدها ، **عادل محمد خير** – حجية ، ونفاذ أحكام المحكمين – ط١ – مارس – ١٩٩٥ – بند ٦ ص ٣٦ ، ٣٧ ، **وجدى راغب فهمى** – التنفيذ القضائى – ١٩٩٥ – ص ١٣٢ ، **مختار أحمد بريرى** – التحكيم التجارى الدولى – بند ١٤٨ ومايليه ص ٢٧٤ ومابعدها ، **عبد الحميد الشواربى** – التحكيم ، والتصالح – ص ٥٩ ومابعدها ، **أحمد ماهر زغلول** – أصول التنفيذ – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ص ٢٢٧ – الهوامش ، **على سالم إبراهيم** – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ١٣١ ومابعدها .

(٢) تنص المادة (١٤٧٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية على أنه :

تأسيسا على السبب ذاته بين الأطراف ذوى الشأن أنفسهم ، والذين صدر حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى مواجهتهم ، فاصلا فيما نشب بينهم من نزاع ، ولايقبل الجدل فى إثارة أية دفوع ، أو حجج تهدف إلى نقض هذه الحجية القضائية ، والتى اكتسبها حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بمجرد صدوره ، حتى ولو كان ممكنا الطعن فيه [1] .

ويكون لمن صدر حكم التحكيم لصالحه أن يتمسك بحجيته القضائية ، إذا قام الطرف الآخر برفع الدعوى القضائية أمام القضاء العام فى الدولة ، للنظر فى الموضوع الذى فصل فيه حكم التحكيم ، وكانت الدعوى القضائية مؤسسة على السبب الذى استندت إليه دعوى التحكيم [2] ، [3] .

" تكون لحكم التحكيم منذ صدوره حجية الشئ المقضى فيما يتعلق بالخلاف الذى يحسمه " . فى حين نصت المادة (٥٥) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على أنه :

" تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضى وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فى هذا القانون " . وهذه هى القاعدة المعتمدة فى القانون اللبنانى . فطبقا للمادة (٧٩٤) من قانون المحاكمات المدنية اللبنانى يكون " للقرار التحكيمى منذ صدوره حجية القضية المحكوم بها بالنسبة إلى النزاع الذى فصل فيه " . أنظر : إدوار عيد - موسوعة أصول المحاكمات - الجزء رقم (١١) - بند ٢٠٢ ص ٣٠٣ ومايليها .

(١) أنظر : محمود محمد هاشم - إستنفاد ولاية المحكمين فى قانون المرافعات - مجلة الإدارة العامة - تصدر عن معهد الإدارة العامة بالرياض - العدد رقم (٥١) - سبتمبر سنة ١٩٨٦ - ص ٢٦٤ ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - الإشارة المتقدمة ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ١٤٨ ص ٢٧٤ ، ٢٧٥ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٨/٢/١٥ - المجموعة ٢٩ - ٤٧٢ ، ١٩٧٦/٤/٢٤ - المجموعة ٢٧ - ١٠١٠ ، ١٩٨١/٢/٨ - فى الطعن رقم (١٥٢) - لسنة (٥٠) ق .

(٢) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ١٤٨ ص ٢٧٥ .

وحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **كأى عمل إنسانى** -- يرد عليه الخطأ ، أو السهو . ولهذا السبب ، فقد أوجدت القوانين الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** – طرقا مختلفة للطعن فيه بغية تمكين الخصم الخاسر من تفادى الضرر الناتج عن عدم عدالته ، أو عدم صحته (١) .

وفى القانون الوضعى الفرنسى ، فإن أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع الإتفاقات على التحكيم تقبل الطعن فيها بالإستئناف " **المادة (١٤٨٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية** " ، وبالتماس إعادة النظر " **المادة (١٤٨١) من مجموعة المرافعات الفرنسية** " .

ولقد قضى بقابلية حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للطعن عليه بالإستئناف ، ولو كان ذلك قبل إعلانه إلى المحكوم عليه فيه ، أو كان قبل صدور الأمر بتنفيذه من القضاء العام فى الدولة (٢) .

---

(٣) حول مدى إلتزام القضاء العام فى الدولة ، أو هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بأن تحكم من تلقاء نفسها بحجية حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وعدم جواز نظر الدعوى القضائية ، لسبق الفصل فيها ، أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ١٤٨ ص ٢٧٥ ومابعدها .

(١) أنظر :

BREDIN : La paralysie des sentences arbiterales par l'abus des voies de recours . Clunet . 1962 . P. 639 .

(٢) أنظر :

Civ . 2e . 7 Juin 1972 . D . 1973 . 73 , Note : **ROBERT** . Rev . Arb . 1974 . 91 . Note : **LEQUIN** ; Com . 3 Fev . 1981 . D. 1981 . 377 . Note : **DERRIDA** .

ويفرق المشرع الوضعى الفرنسي بين التحكيم الداخلى ، والتحكيم الدولى .
فالأصل أن أحكام التحكيم الداخلى تقبل الطعن فيها بالإستئناف .

فتنص المادة (١٤٨١) من مجموعة المرافعات الفرنسية على عدم جواز الطعن فى حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالمعارضة ، أو النقض ، مع جواز الطعن فيه بالإستئناف ، وأيضا عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة .

كما تنص المادة (١٤٩١) من مجموعة المرافعات الفرنسية على جواز الطعن فى حكم التحكيم الداخلى الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالتماس إعادة النظر ، وفقا لقواعد **مجموعة المرافعات الفرنسية** .

ومع ذلك ، فإنه لايجوز الطعن فى حكم التحكيم الداخلى بالإستئناف ، إذا تضمن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - مايفيد نزول الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن حق الطعن فى حكم التحكيم الداخلى الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالإستئناف ، أو كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مفوضة بالحكم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " وفقا لقواعد العدالة ، والإنصاف . ومع ذلك ، فإنه يجوز للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " حتى مع هذا التفويض تضمين الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - مايفيد صراحة تمسكهم بإمكانية الطعن فى حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالإستئناف " **المادة (١٤٨٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية** " .

ويؤدى الطعن بالإستئناف فى حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى إعادة طرح النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ويسمح بتصحيح حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **سواء من حيث الشكل ، أم من حيث الموضوع** - فهو يكون

نظرا للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من جديد ، على عكس الدعوى القضائية المبتدأة ، والمرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والتى يسمح برفعها المشرع الوضعى الفرنسى لأسباب محددة ، ولكن يجمع بين الطعن بالإستئناف ، والدعوى القضائية الأصلية المبتدأة ، والمرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وحدة المحكمة المختصة ، فضلا عن وحدة الميعاد .

إذ تنص المادة (١٤٨٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية على أن الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم والدعوى القضائية الأصلية المبتدأة ، والمرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تختص بهما محكمة الإستئناف التى صدر فى دائرتها حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

ويكون الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والدعوى القضائية الأصلية المبتدأة ، والمرفوعة بطلب بطلانه مقبولين منذ النطق بحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ويتوقف قبولهما إذا لم يتم رفعهما فى خلال شهر من تاريخ إعلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مشمولا بالصيغة التنفيذية revetu de l'exequature .

ويوقف هذا الميعاد تنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . كما أن الطعن فيه بالإستئناف ، أو رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلانه يوقفه كذلك .

فيبدأ ميعاد الطعن فى حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالإستئناف ، أو رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلانه من تاريخ صدوره ، وحتى مضى شهر من تاريخ إعلانه مشمولا

بطلانه من تاريخ صدوره ، وحتى مضى شهر من تاريخ إعلانــه مشـمولا بالصيغة التنفيذية .

وطالما لم ينقض هذا الميعاد ، أو تم الطعن فيه فعلا بالإستئناف ، أو رفعـت ضده الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلانه ، فـإن هـذا ، أو ذاك يوقف تنفيذه .

وتسرى القواعد العامة على كيفية الطعن فى حكم التحكيم الصادر فـى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ونظره – شأنه شأن مواد المنازعـات التى تنظر أمام محكمة الإستئناف – فتطبق كافة القواعد الإجرائية المنظمـة لنظر المنازعات " الإستئنافية " **المادة (١/١٤٨٧) من مجموعة المرافعـات الفرنسية** " .

ويظل للطاعن الحق فى إعطاء الوصف القانونى لطعنه فـى حكـم التحكيـم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو تعديل إعلانه ، طالمـا لم يتم اتصال محكمة الإستئناف بالنزاع " **المادة (٢/١٤٨٧) من مجموعـة المرافعات الفرنسية** " . وبديهى أنه لايتأتى هذا الإختيار إبتداء ، إذا كان قـد تم التنازل عن حق الطعن بالإستئناف فى حكم التحكيم الصادر فـى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو كان نظام التحكيـم المختـار مـن قبـل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هو تحكيما مع تفويـض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيـم** ، دون أن يقـترن بالتمسك بإمكانية الطعن بالإستئناف فى حكم التحكيم الصــادر فـى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . ففى مثل هذه الحالات ، لاتبقى سوى إمكانيـة رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو رفع الطعن بالتماس إعادة النظـر ضده " **المادة (١٤٩١) من مجموعة المرافعات الفرنسية** " .

وتختص بنظر الطعن بالتماس إعادة النظر فى حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم محكمة الإستئناف التى كان ينعقد لها الإختصاص بنظر طرق الطعن الأخرى فيه .

أما بالنسبة لأحكام التحكيم الدولى فى فرنسا ، فإنه لا تسرى عليها أحكام الباب الرابع ، والخاصة بطرق الطعن فى أحكام التحكيم الداخلى .

ولذلك ، فإنه لايجوز إستئناف أحكام التحكيم الصادرة فى خارج فرنسا ، أو الصادرة فى منازعات دولية ، ويكون متاحا فحسب رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بالنسبة لأحكام التحكيم الدولية الصادرة فى فرنسا .

أما أحكام التحكيم الصادرة فى خارج فرنسا ، فإنها لاتخضع للطعن عليها بالإستئناف ، أو رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلانها وإنما يمكن إستئناف القرار الصادر بالإعتراف ، وتنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى الحالات التى يمكن فيها رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى فرنسا فى تحكيم دولى .

فموقف القاضى الفرنسى يتحدد بالحكم بعدم الإحتجاج ، أى عدم الإعتراف بحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو تنفيذه فى فرنسا [١] .

---

[١] أنظر :

VIATTE : Les voies de recours contre les sentences arbitrales . Gaz . Pal . 1975 . 2 . doctr . 112 et s ; P . SCHLOSSER : L'arbitrage et les voies des recours . Rev . Arb . 1980 . 28 ; PERROT : Les voies de recours en matiere d'arbitrage . Rev . Arb . 1980 . P . 268 , Mission de l'arbitre et voies de recours . Rev . Arb . 1987 . 107 ; BERTIN : Nouvelles voies de recours . G . P . 1982 . 1 . Doct . 289 ..

فلايكون متاحا بالنسبة لأحكام التحكيم الصـــادرة فـــى خـــارج فرنســا ، أو الصادرة فى مواد التحكيم الدولى ، إلا الطعن باســـتئناف القـــرار الصـــادر بالإعتراف ، وتنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيم فى فرنسا ، ويقتصر أثره على عدم نفاذ حكم التحكيم الصـــادر فـــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

أما أحكام التحكيم الصادرة فى تحكيم دولى داخل فرنسا ، فإنه يمكـــن رفـــع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلانها ، تأسيسا على الأسباب التـــى تبرر استئناف القرار الصادر بالإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة فـــى خارج فرنسا ، أو فى مواد التحكيم الدولى .

كما يمكن أيضا إستئناف القرار الصادر برفض الإعـــتراف ، وتنفيـــذ هـــذه الأحكام .

فالإستئناف دائما يوجه للقرار الصادر بالإعتراف ، وتنفيـــذ حكـــم التحكيـــم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو رفض ذلـــك ، ولكـــن لايوجه لحكم التحكيم غير الداخلى .

وفى القانون الوضعى المصرى ، فإنه وطبقا لنص المادة (٥١٠) من قـانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغـــاة بواســـطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شـــأن التحكيـــم فـــى المواد المدنية ، والتجارية - فإن أحكام التحكيم الصادرة فـــى المنازعـــات موضوع اتفاقات التحكيم لاتقبل الطعن فيها بالإستئناف .

وطبقا لنص المادة (٥١١) من قانون المرافعات المصـــرى الحـــالى رقـــم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيـــم المصـــرى رقـــم

الدولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١٢٦ ص ٢٢٩ ومابعدها ، والهوامـــش الملحقـــة بهذه الصفحات ، عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليـــها - ص ١٢٠ ومابعدها .

(٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، فإنـــه كان من الممكن الطعن فى هذه الأحكام بالتماس إعادة النظر ، والـــذى كـــان يرفع إلى المحكمة التى كان من اختصاصها أصلا نظر الدعوى القضائيـــة - موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لو لم يتم الإتفـــاق على التحكيم [١] .

وقد تغيرت القواعد المتقدمة بصدور قانون التحكيم المصـــرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

فطبقا للمادة (٥٢ -١) من قانون التحكيم المصـــرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، فإنه :

" **لاتقبل أحكام التحكيم التى تصدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنيـــة والتجارية** " . وبهذا ، تحوز أحكام التحكيم - **وفى ظل النصوص القانونيـــة الوضعية المستحدثة بقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فـــى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - درجة البتيـــة Irrevocable والتى تقترن بالأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام فى الدولة ، حـــال تحصنها ضد طرق الطعن - **العادية منها ، وغير العادية** [٢] .

وبهذ ا ، فقد أوصد المشرع الوضعى المصرى الباب ، وأقـــام نوعـــا مـــن الحصانة المتميزة لأحكام التحكيم الصادر فى المنازعات موضـــوع اتفاقـــات

---

[١] فى تقييم موقف المشرع الوضعى المصرى بالنسبة لنوعى الطعن فى حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بالإستئناف ، والتماس إعادة النظر أنظر : **على سالم إبراهيم** - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٣٥٣ ومابعدها .

[٢] فى انتقاد موقف المشرع الوضعى المصرى من إلغاء طريق الطعن بالتماس إعادة النظر بالنسبة لحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : **مختار أحمد بريرى** - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١٢٥ ص ٢٢٩ .

التحكيم ، فهى تسمو حتى على أحكام القضاء العام فـــى الدولـــة ، و التـــى تخضع للمراجعة - **موضوعا** ، **وشكلا** - فى الإستئناف .

فضلا عن إمكان الطعن فيها بالتماس إعادة النظـــر ، فـــى حـــالات محـــددة وردت على سبيل الحصر ، كما يمكن الطعن فيها بالنقض ، فى حالة الخطـــأ فى تطبيق القانون الوضعى المصرى .

أما المعارضة ، فلم تعد ممكنة بمد التعديلات التشريعية المســـتحدثة لقواعـــد حضور الخصوم ، وغيابهم فى قانون المرافعات المصـــــرى الحـــالى رقـــم (١٣) لسنة ١٩٦٨ .

أما اعتراض الخارج عن الخصومة ، فقد ألغى ، وأدرجت بعض حالاته فـــى التماس إعادة النظر [١] .

وتتمتع بهذه الحصانة كل أحكام التحكيم الصادر فـــى المنازعـــات موضـــوع اتفاقات التحكيم ، والتى تصدر وفقا لأحكام قانون التحكيـــم المصـــرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة ، أى أحكام التحكيم الذى يجرى فى مصر - **سواء كان تحكيما وطنيا** ، **أم دوليـــا** - أو أحكام التحكيم الذى يجرى فى خارج مصر ، واتفـــق أطرافـــه علـــى إخضاعه للقانون الوضعى المصرى ، إذا تعلـــق الأمـــر بتحكيـــم تجـــارى دولى [٢] ، [٣] .

---

(١) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ١٢٥ ص ٢٢٧ - الهامش رقم (٣٠٥) مكرر .

(٢) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ١٢٥ ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ .

(٣) فى دراسة مدى إمكانية الطعن فى حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم فى الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها ، أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٢٨ ومايليه ص ٣٠٩ ومابعدها ، محمـــود محمـــد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ص ١١٥ ومابعدها ، محمد نور عبـــد

الأثر الثانى :

استنفاد سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالنسبة للمسألة التى فصلت فيها [1] :

إستنفاد سلطة القاضى العام فى الدولة بالنسبة المسألة التى فصل فيها :

تعريف قاعدة استنفاد سلطة القاضى العام فى الدولة بشأن

الهادى شحاته – الرقابة على أعمال المحكمين – ص ٢٧٥ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ١٢٥ ص ٢٢٧ ومابعدها ، وجدى راغب فهمى – التنفيذ القضائى – ١٩٩٥ – ص ١٣٢ ، عادل محمد خير – حجية ، ونفاذ أحكام المحكمين – بند ٣٢ ومايليه ص ٧٣ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ص ٢٢٧ – الهامش ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٣٤١ ومابعدها .

(١) فى دراسة مايرتبه حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من أثر فى استنفاد سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بشأن مافصلت فيه من مسائل ، أنظر :

JEAN ROBERT : L'arbitrage . cinquieme edition . 1983 . N . 210 et s . P . 182 et s ; **PERROT (ROGER)** : Institutions Judiciaires . 1eme edition . Paris . 1986 . Edition Montchriestien . N . 221 et s ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op . cit . , Edition . 1990 . N . 395 et s .

وانظر أيضا : محمود محمد هاشم – إستنفاد ولاية المحكمين – المقالة المشار إليها – ١٩٨٤/١٩٨٥ – ص ١١٦ ومابعدها ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٧٨ ص ٢٢٣ ومابعدها ، محمد نور عبد الهادى شحاته – الرقابة على أعمال المحكمين – ص ١١٥ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ٤٣ ص ٨٢ ، ٨٣ ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٦٣ ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ٦١٣ ومابعدها .

المسألة التى فصل فيها :

بمجرد صدور الحكم القضائى فى الدعوى القضائية ، ترتفع يد المحكمة عنه ، بحيث يمتنع عليها الرجوع إليه مرة أخرى – **لإلغائه ، أو لتعديله ، أو للإضافة إليه** – لأنه بصدور الحكم القضائى فى الدعوى القضائية تستنفد المحكمة ولايتها بالنسبة للمسألة التى فصلت فيها .

والعلة من قاعدة استنفاد سلطة القاضى العام فى الدولة بشأن المسألة التى فصل فيها ، هى عدم جواز تكرار الإجراءات أمامه بالنسبة للمسألة الواحدة بغرض التوصل إلى الحكم فيها مرتين [١] .

كما أن القاضى العام فى الدولة قد استنفد فكره ، وبذل أقصى مافى جهده فيما قضى فيه بأحكام قضائية قطعية ، وليس فى مقدوره القضاء بأحسن مما قضى به [٢] .

تعلق قاعدة استنفاد سلطة القاضى العام فى الدولة بالنسبة للمسألة التى فصل فيها بالنظام العام فى مصر :

تتعلق قاعدة استنفاد سلطة القاضى العام فى الدولة بالنسبة للمسألة التى فصل فيها بالنظام العام فى مصر ، بحيث لايجوز له أن يعود للنزاع مرة أخرى ، لتعديل الحكم القضائى الصادر فيه – **بمنح أجل قضائى ، أو بشموله بالنفاذ المعجل** – مادام أن المشرع الوضعى المصرى لم يمنحه أى اختصاص قضائى بذلك ، ولو كان ذلك باتفاق الخصوم أنفسهم [٣] .

---

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند٦ص١٣ .

(٢) أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٧٥ .

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند٣٧٤ ص٦٩٤ .

كما يمتنع على القاضى العام فى الدولة أن يعيد النظر فيما قضى فيه ولو كان الحكم القضائى الصادر منه باطلا [١] .

ولايجوز للقاضى العام فى الدولة أن يتحايل على قاعدة استنفاد سلطته بالنسبة للمسألة التى فصل فيها ، بإصداره أحكاما قضائية شرطية ، تمكنه من العودة إلى الحكم القضائى الصادر منه مرة أخرى ، لإعادة النظر فيه وتعديله ، لأنه لايجوز له أن يفصل فى النزاع المعروض عليه بطريقة غير مؤكدة ، أو احتمالية ، أو افتراضية ، وإنما يجب أن يكون الحكم القضائى الصادر منه قاطعا فى النزاع المعروض عليه ، ورأيه حاسما فى المسألة التى فصل فيها [٢] .

شروط إعمال قاعدة استنفاد سلطة القاضى العام فى الدولة بالنسبة للمسألة التى فصل فيها :

يشترط لإعمال قاعدة استنفاد سلطة القاضى العام فى الدولة بالنسبة للمسألة التى فصل فيها مايلى :

الشرط الأول :

أن تكون المحكمة قد فصلت فى المسألة التى طرحت عليها

ويستوى أن تكون المسألة التى فصلت فيها المحكمة موضوعية أو إجرائية [٣] ، فصلت فيها صراحة ، أو ضمنا .

---

(١) أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٧٦ ، وانظر أيضا : ١٩٧١/٥/٢٧ – مجموعة أحكام النقض – س(٢٢) – ص٧٠٢ ، نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١ – مجموعة أحكام النقض – س (٢٥) – ص١٥١٩ .

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند٨ ص١٦ .

(٣) أنظر : وجدى راغب فهمى – مبادئ – ص٤٥ ، السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٧٧ .

كما يستوى أن يكون الحكم القضائى الصادر منها صحيحـــا ، أو بـــاطلا ، أو مبنيا على إجراءات باطلة [١] .

فإذا حكمت المحكمة بعدم اختصاصها القضائى بتحقيق الدعوى القضائيـة المعروضة عليها ، والفصل فيها ، فإنها لاتملك عندئذ أن ترجع عـــن الحكـــم القضائى الصادر منها ، ولو تبين لها بعد إصداره أنها فعلا كـــانت مختصـــة بتحقيق الدعوى القضائية المعروضة عليها ، والفصل فيها .

كما يمتنع عليها أن تعود إلى الحكم القضائى الصادر منها ، ولو بأدلة واقعيـة أو حجج قانونية أخرى [٢] .

الشرط الثانى :

كما يشترط فى الحكم القضائى الذى يـــؤدى إلـــى اســـتنفاد سلطة القاضى بالنسبة للمسألة التى فصل فيها أن يكون حكما قضائيا قطعيا

والحكم القضائى القطعى هو :

الحكم القضائى الذى يضع حدا للنزاع فـــى جملته ، أو فى جزء منه ، أو فى مسائل متفرعة عنه ، بفصل حاسم لارجوع فيه من جانب المحكمة التى أصدرته [٣] .

أما الحكم القضائى غير القطعى – والذى يتعلق بسير الخصومـــة

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند٣٧٥ ص ٦٦٨ .

(٢) أنظر : محمد كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات فى ضوء الفقه ، وأحكام القضاء – ص٦٤٨ .

(٣) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠ – مجموعـــة أحكـــام النقـــض – س (٢٦) ص٨٦٠ ، ١٩٧١/٣/٩ – مجموعة أحكام النقض – س(٢٢) – ص٢٦٢ .

القضائية أو بإجراءات الإثبات فيها :

فإن صدوره لايؤدى إلى استنفاد سلطة القاضى العام فى الدولة بالنسبة للمسألة التى فصل فيها [1] ، لأنه كما قيل - **وبحق** - أنه ليس معنى ذلك إفلات الأحكام القضائية غير القطعية من المراجعة ، وعدم إمكانية تعديلها إذا شابها خطأ ، وإنما يمكن مراجعتها ، وتصحيحها ، ولكن طبقا لنظام قانونى خاص للمراجعة ، يختلف بحسب طوائف الأحكام القضائية غير القطعية محل المراجعة .

فالحكم القضائى غير القطعى يتم مراجعته ، لإصلاح مابه من أخطاء ، وفقا للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن .

أما الأحكام القضائية القطعية ، فإنها تخضع فى مراجعتها للقواعد الخاصة المنصوص عليها فى المواد (١٩١-١٩٧) من قانون المرافعات المصرى [2] .

---

[1] أنظر : محمد ، وعبد الوهاب العشماوى – قواعد المرافعات – الجزء الثانى بند١١٠٢ص٧٢٤ ، أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند٣٧٥ ص٧٠٤ ، وجدى راغب فهمى – مبادئ – ص٥٩٨ ، أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند٦٥ ص ص١٢٠-١٣٠ ، السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٧٧– الهامش رقم (٥) . عكس هذا : نبيل إسماعيل عمر – أصول المرافعات المدنية ، والتجارية – بند ٩٧٧ص١١٠٦ . حيث يرى سيادته أن قاعدة استنفاد سلطة القاضى العام فى الدولة بشأن المسألة التى فصل فيها تطبق على الأحكام القضائية القطعية ، والأحكام القضائية غير القطعية على حد سواء ، لأن المحكمة قد لاترجع فى قضائها غير القطعى ، ويكون من غير المنطقى بقاء حكما قضائيا مشوبا بخطأ .

[2] أنظر : السيد عبد العال تمام – الإشارة المتقدمة .

الإستثناءات الواردة على قاعدة استنفاد سلطة القاضى العام فى الدولة بشأن المسألة التى فصل فيها [1] :

يرد على قاعدة استنفاد سلطة القاضى العام فى الدولة بشأن المسألة التى فصل فيها عدة استثناءات تقتضيها القاعدة ، ويبررها المنطق .

وقد وردت هذه الإستثناءات فى قانون المرافعات المصرى على سبيل الحصر " المواد ١٩١ ، ١٩٢ ، ١٩٣ " ، فلا يجوز القياس عليها ، أو التوسع فى تفسيرها .

---

(١) يرى جانب من فقه القانون الوضعى أن الحالات التى تعود فيها القضية أمام القاضى العام فى الدولة – والذى أصدر الحكم القضائى فيها – لاتمثل إستثناءات على قاعدة استنفاد سلطة القاضى العام فى الدولة بشأن المسألة التى فصل فيها ، لأنه يكون ملتزما عند عودة القضية إليه مرة أخرى بعدم المساس بما قضى به .

وكذلك الأمر بالنسبة للطلب القضائى الذى أغفل الفصل فيه ، فإنه لم يستنفد سلطته بشأنه . أنظر : إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – الجزء الثانى – بند٣٩٨ ص٣٠٠ . عكس هذا : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن ص١٧٨ – الهامش رقم (١) . حيث يرى سيادته أن الحالات التى تعود فيها القضية إلى القاضى العام فى الدولة – والذى أصدر الحكم القضائى فيها – تمثل إستثناءات حقيقية على قاعدة استنفاد سلطة القاضى العام فى الدولة بشأن المسألة التى فصل فيها ، لأن الأصل أنه بمجرد صدور الحكم القضائى من القاضى العام فى الدولة فى الدعوى القضائية ، تخرج القضية من حوزة المحكمة ، وترتفع عندئذ يد القاضى العام فى الدولة عنها ، ولايستطيع أن يغير فى الحكم القضائى الصادر منه كلمة واحدة ، ولو كان ذلك بغرض تصحيح خطأ ظاهرا ، يؤدى إلى بطلان الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، لأن الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية بعد صدوره يصبح ملكا للخصوم .

كما يبدو الإستثناء كذلك فى عدد الأحكام القضائية التى تعود فيها القضية إلى القاضى العام فى الدولة ، لمراجعتها ، وهى تمثل نسبة ضئيلة جدا ، بالمقارنة بالأحكام القضائية التى لاتعود فيها القضية إليه مرة أخرى .

وبالإضافة إلى الحالات الواردة فى المواد الثلاث المتقدمة ، فإنه يمكن أن تعود القضية لنفس المحكمة التى أصدرت الحكم القضائى فيها ، **فى حالتين :**

الحالة الأولى :

إذا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم القضائى هى المحكمة المختصة بنظر الطعن المقدم فيه :

كما فى حالة الطعن بطريق المعارضة فى الأحكام القضائية الغيابية – **فى الحالات التى يجوز فيها ذلك .**

والحالة الثانية :

حالة إعادة القضية بعد إلغاء الحكم القضائى المطعون فيه من جانب محكمة النقض .

حالات عودة القضية إلى المحكمة بعد إصدار الحكم القضائى فيها

الحالة الأولى :

تصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية – كتابية كانت ، أم حسابية :

أجاز قانون المرافعات المصرى " **المادة (١٩١)** " للخصوم الرجوع إلى نفس القاضى العام فى الدولة – **والذى أصدر الحكم القضائى فى الدعوى القضائية المعروضة عليه** – لتصحيح ما وقع فى الحكم القضائى الصادر منه من أخطاء ، أثناء التعبير عن قراره .

فقد أتى الحكم القضائى الصادر منه فى الدعوى القضائية المعروضة عليه على خلاف مايقصد ، أو يشتمل على غير مايريد ، بدلا من فرض اتباع

طريق الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية بطريق الخطأ بإجراءاته الطويلة ، ونفقاته الكثيرة [1] .

ويقتصر الرجوع إلى نفس القاضى العام فى الدولة - والذى أصدر الحكم القضائى فى الدعوى القضائية المعروضة عليه - لتصحيحه ، على تصحيح الأخطاء المادية البحتة - كتابية كانت ، أم حسابية .

أما الأخطاء الأخرى التى قد يقع فيها القاضى العام فى الدولة عند إصداره للحكم القضائى فى الدعوى القضائية المعروضة عليه ، وتنطوى على خطأ فى التقدير ، فإن سبيل تداركها يكون هو اتباع طريق الطعن المناسب

شروط تصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، من القاضى العام فى الدولة ، من الأخطاء المادية - كتابية كانت ، أم حسابية :

يشترط لتصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، من القاضى العام فى الدولة ، من الأخطاء المادية - كتابية كانت ، أم حسابية مايلى :

الشرط الأول :

أن يكون الخطأ المراد تصحيحه فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، من القاضى العام فى الدولة ، هو خطأ ماديا بحتا :

والخطأ المادى البحت هو :

خطأ القاضى العام فى الدولة فى التعبير عن رأيه ، وليس خطأه فى التفكير ، أو فى تقديره للوقائع ، أو فى تكييفه لها

---

[1] أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند٣٤١ص٦٥٠، السيد عبد العال تمام - الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن - ص١٧٩ .

وإرساء القاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها ، لأن السبيل لإصلاح هذه الأخطاء الأخيرة إنما يكون عن طريق اتباع طريق الطعن المناسب [١] .

والخطأ المادى البحت قد يكون خطأ حسابيا ، أو خطأ كتابيا .

ومن أمثلة الأخطاء الحسابية – والتى يمكن أن ترد فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، المعروضة على القاضى العام فى الدولة :

الخطأ فى جمع المبالغ المستحقة للمدعى فى الدعوى القضائية المعروضة على القاضى العام فى الدولة .

والخطأ فى الطرح عند خصم المبالغ ، أو الأقساط التى سددها المدين من المبلغ المدين به [٢] .

أما الأخطاء الكتابية – **والتى يمكن أن ترد فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من القاضى العام فى الدولة ، فى الدعوى القضائية المعروضة عليه** – فإنها تشمل مختلف الأخطاء التى قد يقع فيها القاضى العام فى الدولة ، أثناء التعبير عن فكره ، عندما تأتى كلماته على غير مايقصده ، ويقع الخطأ بسبب إضافة ، أو حذف كلمة . **فهى تشمل :**

أخطاء السهو ، والنسيان ، وأغلاط القلم – **كالخطأ فى إسم أحد القضاة الذين أصدروا الحكم القضائى فى الدعوى القضائية المعروضة عليهم** [٣]

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٢/٤/٩ – مجموعة أحكام النقض – س (٢٣) ص٧٢٤ .

(٢) لمزيد من الأمثلة التوضيحية فى هذا الشأن ، أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ٨٧ ص١٥٢ .

(٣) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٠/١/١ – مجموعة أحكام النقض – س (٣١) – ص٧٠ .

والخطأ فى إسم أحد الخصوم [١] ، بشرط ألا يؤدى هذا الخطأ إلى التشكيك فى تحديد شخصية الخصم فى الدعوى القضائية ، وإلا أدى ذلك إلى بطلان الحكم القضائى الصادر عندئذ من القاضى العام فى الدولة ، فى الدعوى القضائية المطروحة عليه " **المادة (٣/١٧٨) من قانون المرافعات المصرى** " [٢] ، [٣] .

الشرط الثانى :

أن يكون الخطأ المادى – الكتابى ، أو الحسابى – واردا فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، من القاضى العام فى الدولة فى الدعوى القضائية المعروضة عليه ، ومؤثرا فيه :

سواء كان ذلك فى منطوق الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من القاضى العام فى الدولة ، فى الدعوى القضائية المعروضة عليه ، أو فى أسبابه المكملة له ، والتى تكون معه وحدة متكاملة ، لاتقبل الإنفصام .

أما الأخطاء المادية الواقعة فى صحف الدعاوى القضائية ، أو فى مذكرات الخصوم ، وتقارير الخبراء ، فإنها لاتجيز الإلتجاء إلى هذا الطريق الإستثنائى ، لتصحيحها ، لأن المشرع الوضعى المصرى – **وفى المادة (١٩١) من قانون المرافعات المصرى** – قد أفصح عن رأيه صراحة فى

---

[١] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٧/٦/١٣– مجموعة أحكام النقض – س (١٨) – ص١٢٥٢ .

[٢] لمزيد من الأمثلة التوضيحية فى هذا الشأن ، أنظر : **السيد عبد العال تمام** – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٨٠ .

[٣] فى بيان اختلاف الخطأ المادى بهذا المعنى عن التناقض الذى يشوب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، من القاضى العام فى الدولة ، فى الدعوى القضائية المعروضة عليه ، أنظر : **السيد عبد العال تمام** – الإشارة المتقدمة .

قصر هذا الطريق على الأخطاء المادية – **كتابية كانت ، أم حسابية –** الواقعة في الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، من القاضى العام في الدولة ، فى الدعوى القضائية المعروضة عليه ، بنصه صراحة فى المادة المشار إليها على أنه :

" تتولى المحكمة تصحيح مايقع فى حكمها من أخطاء مادية " .

أما إذا استند القاضى العام فى الدولة – **وعند إصداره للحكم القضائى فى الدعوى القضائية** – على تقرير الخبير ، واعتمده أسبابا للحكم القضائى الصادر منه فى الدعوى القضائية ، فإن تقرير الخبير يصبح فى هذه الحالة جزءا مكملا لهذا الحكم القضائى ، ويسرى عليه التصحيح (١) .

كما يجب أن يكون الخطأ المادى – **كتابيا كان ، أم حسابيا** – جوهريا ومؤثرا فى الحكم القضائى الصادر من القاضى العام فى الدولة ، فى الدعوى القضائية المعروضة عليه (٢) – **سواء من ناحية أطرافه ، أو من ناحية صفاتهم** – وهو يكون كذلك عندما يتوقف عليه تحديد المحكوم له ، أو المحكوم عليه فيه ، أو بيان حقوقهما ، والتزاماتهما ، الأمر الذى يؤثر عندئذ على تنفيذ الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، من القاضى العام فى الدولة (٣) .

---

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ٩٠ ص١٦٢ السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٨١ .

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ١٠٧ ص٨٣ .

(٣) أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٨٢ .

ولايشترط أن يؤدى الخطأ المادى الواقع فى الحكم القضائى الصادر من القاضى العام فى الدولة ، فى الدعوى القضائية المعروضة عليه إلى بطلانه [١] ، أو أن يكون منسوبا للقاضى الذى أصدره [٢] .

الشرط الثالث :

ألا يؤدى تصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، من القاضى العام فى الدولة ، فى الدعوى القضائية المعروضة عليه من الأخطاء المادية الواردة فيه – كتابية كانت ، أم حسابية – إلى تعديله ، أو التغيير فيه :

حتى لايتخذ تصحيح الحكم القضائى الصادر من القاضى العام فى الدولة فى الدعوى القضائية المعروضة عليه ، من الأخطاء المادية الواردة فيه ذريعة للمساس بحجيته القضائية ، والتى اكتسبها بمجرد صدوره [٣] ، أو للتأثير على كيانه ، بحيث يفقده ذاتيته ، ويجعله مقطوع الصلة بالحكم القضائى المصحح ، أو أن تتخذه المحكمة ذريعة للرجوع عن الحكم القضائى الصادر منها فى الدعوى القضائية المعروضة عليها [٤] .

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند٣٧٨ ص٧١٤ .

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند٩١ص١٦٤

(٣) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٥/٣/٣ – مجموعة أحكام النقض – س (١٦) ص٢٥٢ .

(٤) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٢/٤/١٩ – مجموعة أحكام النقض – س (٢٣) ص٧٢٤ .

المحكمة المختصة بتصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، من الأخطاء المادية – كتابية كانت أم حسابية – وإجراءاته :

أولا :

المحكمة المختصة بتصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية – كتابية كانت ، أم حسابية :

تختص المحكمة التى أصدرت الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائي بتصحيحه من الأخطاء المادية البحتة – **كتابية كانت ، أم حسابية** – ويستوى أن تكون هذه المحكمة جزئية ، أم ابتدائية ، أم استئنافية ، أم محكمة النقض .

وينعقد لها هذا الإختصاص بما لها من ولاية تكميلية ، بصرف النظر عن قابلية ، أو عدم قابلية الحكم القضائى المراد تصحيحه للطعن فيه . والإختصاص بتصحيح الحكم القضائى من الأخطاء المادية البحتة – **كتابية كانت ، أم حسابية** – يكون لهذه المحكمة وحدها ، دون غيرها من المحاكم الأخرى – **سواء الأعلى منها درجة ، أو الأدنى منها درجة** – ويكون اختصاصا متعلقا بالنظام العام فى مصر ، بما يترتب على ذلك من نتائج [١] .

وإذا طعن فى الحكم القضائى المراد تصحيحه من الأخطاء المادية البحتة – **كتابية كانت** ، **أم حسابية** – بالإستئناف ، فإن الرأى السائد فى فقه القانون الوضعى هو أن محكمة الإستئناف تختص فى هذه الحالة بتصحيح

---

[١] أنظر : أحمد أبو الوفا – الإشارة المتقدمة ، أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ٩٦ص١٧٠، السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن ص١٨٣ .

الأخطاء المادية البحتة – **كتابية كانت** ، **أم حسابية** – التى تشوب الحكم القضائى المطعون فيه أمامها ، لأنه بمجرد الطعن فى الحكم القضائى بالإستئناف ، تزول الولاية التكميلية المقررة للمحكمة التى أصدرت الحكم القضائى المراد تصحيحه بتصحيح الحكم القضائى المطعون فيه بالإستئناف من **الأخطاء** المادية البحتة – **كتابية كانت** ، **أم حسابية** – وتؤول إلى محكمة الإستئناف ، نتيجة للأثر الناقل للطعن بالإستئناف ، وتعود الولاية التكميلية إلى هذه المحكمة مرة أخرى ، إذا حكم ببطلان صحيفة الطعن بالإستئناف أو بعدم قبوله [1] .

وإذا طعن فى الحكم القضائى المراد تصحيحه بالطعن بالنقض ، فإنه لايسلب اختصاص المحكمة التى أصدرته بتصحيحه من الأخطاء المادية البحتة – **كتابية كانت** ، **أم حسابية** [2] .

ثانيا :

إجراءات تصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة الواردة فيه – كتابية كانت ، أم حسابية :

يجرى تصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة – **كتابية كانت** ، **أم حسابية** – بناء على قرار تصدره

---

[1] أنظر : أحمد هندى – مبدأ التقاضى – بند ١٩ص١٢٦ . وانظر مع ذلك : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ١٠٣ص١٧٨ ، السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٨٣، ١٨٤ . حيث يرى هذا الجانب من فقه القانون الوضعى أن الإختصاص بتصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة – كتابية كانت ، أم حسابية – لايثبت فى حالة الطعن فيه بالإستئناف لمحكمة الإستئناف على سبيل الإستئثار ، والإنفراد ، وإنما تشاركها فيه المحكمة التى أصدرته .

[2] أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص ١٨٤ .

المحكمة - **سواء من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب من أحد الخصوم " المادة (١٩١) من قانون المرافعات المصرى "** .

ولايقتضى تصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة - **كتابية كانت ، أم حسابية** - حضور الخصوم ، أو سماع أقوالهم .

وإذا قدم طلب تصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة - **كتابية كانت** ، أم حسابية - ، فإنه لايلزم تكليف الخصم الآخر بالحضور أمام المحكمة المختصة بتصحيحه .

وتنظر المحكمة الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية لتصحيحه فى غرفة المشورة - **أى بغير مرافعة** - كما لاتسمع النيابة العامة ولو كانت قد تدخلت فى الخصومة القضائية ، والتى صدر فيها الحكم القضائى المراد تصحيحه [1] .

ويكون تصحيح الخطأ المادى البحت - **كتابيا كان ، أم حسابيا** - الواقع فى الحكم القضائى عن طريق الرجوع إلى ملف الدعوى القضائية ، والذى حوى جميع أوراقها .

فلايجوز تصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة - **كتابية كانت ، أم حسابية** -إستنادا إلى أوراق ، أو مستندات جديدة ، يكون قد تم تقديمها مع طلب تصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، ولم يسبق تقديمها من قبل أمام المحكمة التى أصدرته لأن ذلك يتجاوز حدود سلطة المحكمة فى تصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة - **كتابية كانت ، أم حسابية** - الواردة فيه .

---

(١) أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٣٤١ ص٦٠٢ .

كما لايمكن القيام بتصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة – **كتابية كانت** ، **أم حسابية** – الواردة فيه إعتمادا على ذاكرة أعضاء المحكمة ، أو ممثل النيابة العامة ، أو كاتب الجلسة [١] . أما إذا لم تسعف أوراق الدعوى القضائية فى تصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة – **كتابية كانت** ، **أم حسابية** – الواردة فيه ، فإنه يمكن إجراؤه بناء على مايمليه المنطق [٢] .

وإذا انعقد الإختصاص بتصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة – **كتابية كانت** ، **أم حسابية** – الواردة فيه ، فإنه لايشترط أن يقوم بتصحيح الحكم القضائى قاضى آخر ، أو دائرة أخرى خلاف الدائرة التى أصدرت الحكم القضائى المراد تصحيحه ، وإنما يجوز أن يقوم بالتصحيح نفس القاضى ، أو نفس الدائرة التى أصدرت الحكم القضائى المراد تصحيحه [٣] .

ولايجوز للمحكمة أن تتخذ من تصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة – **كتابية كانت** ، **أم حسابية** –

---

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند١٠٧ص٨٣ السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٨٢ .

(٢) أنظر : السيد عبد العال تمام – الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٨٣ . عكس هذا فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند ٣٣٤ ص٧١٩ . حيث يرى سيادته أنه إذا انعقد الإختصاص القضائى بتصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية للمحكمة التى أصدرته ، فإنه يشترط أن يقوم بالتصحيح قاضى آخر ، أو دائرة أخرى خلاف الدائرة التى أصدرته .

الواردة فيه وسيلة للرجوع عنه ، أو التغيير في منطوقه ، أو المساس بالحجية القضائية التى اكتسبها بمجرد صدوره [١] .

وإذا تجاوزت المحكمة سلطتها فى تصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة – **كتابية كانت** ، أم حسابية – وغيرت فيه ، فإنه يجوز للخصوم الطعن فى قرارها ، بطرق الطعن المقررة قانونا للحكم القضائى موضوع التصحيح " **المادة (١/١٩١) من قانون المرافعات المصرى** " .

وإذا كان القرار الصادر بتصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة – **كتابية كانت ، أم حسابية** – صادرا من المحكمة الإستئنافية ، فإنه يجوز الطعن فيه بطريق النقض [٢] .

ويجرى كاتب المحكمة تصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة – **كتابية كانت** ، أم حسابية – على نسخته الأصلية ، ويوقعه هو ، ورئيس المحكمة " **المادة (١/١٩١) من قانون المرافعات المصرى** " .

ويبدأ ميعاد الطعن فى قرار المحكمة بتصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة – **كتابية كانت ، أم حسابية** – إذا جاوزت سلطتها فى التصحيح من تاريخ إعلان الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية مصححا ، أو من تاريخ إعلان قرار التصحيح [٣] ،

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٥/١/٣ – مشار إليه .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٣/١٢/٣١ – مجموعة أحكام النقض – س (٣٤) – ص١٤١٢ .

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند ٣٧٩ ص ٧١٨ ، السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٨٥ . وانظر مع ذلك : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند٣٤١ص٦٥٢ . حيث يرى سيادته أن ميعاد الطعن فى

لأن التصحيح إما أن يتم من تلقاء نفس المحكمة ، أو بناء على طلب من أحد الخصوم .

وفى جميع الأحوال ، فإن الطلب ينظر فى غرفة المشورة ، كما لايلزم إعلان ، أو تكليف الطرف الآخر بالحضور أمام المحكمة ، وينظر الطلب فى غيبة الخصوم ، فيكون من الطبيعى عدم سريان ميعاد الطعن فى قرار التصحيح إلا من تاريخ إعلانه ، وليس من تاريخ صدوره - **والذى لايعلمه الخصوم** [١] . أما القرار الصادر برفض تصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، من الأخطاء المادية البحتة الواردة فيه - **كتابية كانت ،**

تصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة - كتابية كانت ، أم حسابية - إذا جاوزت المحكمة سلطتها فى التصحيح ، يبدأ من تاريخ صدور قرار التصحيح . ب

ينما يفرق جانب آخر من فقه القانون الوضعى بين فرضين :

الفرض الأول :

أن يتم تصحيح الحكم القضائى من الأخطاء المادية البحتة - كتابية كانت ، أم حسابية - من تلقاء نفس المحكمة ، وبدون علم الخصوم :

وفى هذا الفرض ، فإن ميعاد الطعن فى قرار المحكمة بتصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة - كتابية كانت ، أم حسابية - إذا جاوزت سلطتها فى ، يبدأ من تاريخ إعلان يوجهه أحد الخصوم إلى الخصوم الآخرين .

والفرض الثانى :

إذا قدم طلب تصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة - كتابية كانت ، أم حسابية من الخصوم جميعا :

فإن ميعاد الطعن فى قرار المحكمة بتصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة - كتابية كانت ، أم حسابية - ، إذا جاوزت سلطتها فى التصحيح يبدأ من تاريخ صدور قرار تصحيح الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من الأخطاء المادية البحتة - كتابية كانت ، أم حسابية - ، بالنسبة لمن قدم طلب تصحيح الحكم القضائى .

أما بالنسبة للخصوم الآخرين ، فإنه لايسرى إلا من تاريخ إعلانهم به . أنظر فى هذا الرأى : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - بند١١٣ص١٩٢ .

(١) أنظر : السيد عبد العال تمام - الإشارة المتقدمة .

أم حسابية – فإنه لايجوز الطعن فيه على استقلال ، وإنما يطعن فيه مع الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية – موضوع التصحيح – إذا كان قابلا للطعن فيه [1] .

ثانيا :

تفسير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، لإزالة مايكتنفه من غموض ، أو إبهام :

يمكن أن تعود القضية إلى ذات المحكمة التى أصدرت الحكم القضائى فيها ، لتفسير ماشاب منطوق حكمها من غموض ، أو إبهام .

ويهدف تفسير الحكم القضائى إلى تحديد مايتضمنه الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من تقدير ، من خلال البحث عن العناصر الموضوعية التى تكون الحكم القضائى فى ذاته ، منفصلا عن إرادة القاضى الذى أصدره [2] .

والغموض ، أو الإبهام الذى يكتنف الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية يكون من شأنه أن يضع صعوبات أمام تنفيذه [3] .

شروط تفسير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية لإزالة مايكتنفه من غموض ، أو إبهام :

يشترط لكى يجوز للخصوم أن يطلبوا تفسير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، لإزالة مايكتنفه من غموض ، أو إبهام ، أن يكون هناك

---

(1) أنظر : السيد عبد العال تمام – الإشارة المتقدمة .

(2) أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٨٦ .

(3) أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند٣٦٧ص٧١٠ ، أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند١٢١ص٢٠ .

غموضا ، أو إبهاما قد شاب الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية وأن يكون هذا الغموض ، أو الإبهام قد ورد في منطوقه [1] .

الشرط الأول :

أن يكون الحكم القضائي المراد تفسيره قد شابه غموضا أو إبهاما :

فلا يجوز الرجوع إلى المحكمة لتفسير الحكم القضائي الصادر منها إذا كان واضحا ، كاشفا عما يتضمنه من قضاء ، حتى لايتخذ تفسير الأحكام القضائية ذريعة للرجوع عنها ، والمساس بحجيتها القضائية [2] .

فإذا خلا منطوق الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية من الغموض أو الإبهام ، فإنه يجب على المحكمة المقدم إليها طلب تفسيره أن تقضي بعدم قبوله [3] .

---

(١) يتطلب جانب من فقه القانون الوضعي شرطا ثالثا ، حتى يمكن للخصوم أن يطلبوا تفسير الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية ، وهو أن يكون هناك مصلحة تعود على الخصم الذي يطلب تفسير الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية .

بمعنى ، أن يكون من شأن الغموض ، أو الإبهام الذي يكتنف منطوق الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية أن يضع صعوبات أمام تنفيذه . أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام في قانون المرافعات – بند ٣٧٦ص ٧١٠ .

في حين يذهب جانب آخر من فقه القانون الوضعي إلى عدم تطلب شرط أن يكون هناك مصلحة تعود على من يطلب تفسير الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية ، حتى يكون طلب التفسير مقبولا منه ، لأن الغموض ، أو الإبهام الذي يكتنف منطوق الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية يكشف في ذاته عن توافر مصلحة لدى من يطلب تفسيره ، في استجلاء غموضه ، حتى يتمكن من تنفيذه . أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ١٢١ص٢٠٦ .

(٢) أنظر : نقض أحوال شخصية – جلسة ١٩٧٢/٤/١٩ – مجموعة أحكام النقض – س (٢٣) ص٧٣٩ .

(٣) أنظر : نقض مدني مصري – جلسة ١٩٧٩/٥/٣٠ – في الطعن رقم (٧٥١) – لسنة (٤٩) ق

فتفسير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية يهدف إلى استجلاء غموض منطوقه ، وإزالة إبهامه ، والوقوف على مضمونه ، ومعرفة مداه ، حتى يمكن تنفيذه ، وفقا لتقديره الحقيقى ، كما قصدته المحكمة التى أصدرته [1] .

وقد يكون الغموض ، أو الإبهام الذى يكتنف منطوق الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية مصدره الصياغة المجملة له ، أو إضافة بعض العبارات إليه ، أو فكرة القضاء الضمنى [2] ، [3] .

الشرط الثانى :

أن يرد الغموض ، أو الإبهام فى منطوق الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية :

يجب أن يكون الغموض ، أو الإبهام واردا فى منطوق الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية " **المادة (١٩٢) من قانون المرافعات المصرى** " .

إلا أنه يجب ألا يفهم منطوق الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية بالمعنى الشكلى الضيق ، وإنما يجب أن ينصرف إلى معناه الموضوعى

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٩/٥/٣٠ – فى الطعن رقم (٧٥١) – لسنة (٤٩) ق .

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند١١٦ص١٩٨ .

(٣) فى دراسة تفصيلية متخصصة لفكرة القضاء الضمنى ، أنظر : على مصطفى الشيخ – الحكم الضمنى – رسالة لنيل درجة الدكتوراة فى الحقوق – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٩٦ – ومنشورة سنة ١٩٩٧– دار النهضة العربية .

الواسع [١] ، والذى يشمل كل قضاء تصدره المحكمة - **أيا كان موضعه سواء كان واردا فى منطوق الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية أو فى وقائعه ، أو فى الأسباب المكملة له ، والتى تكون جزء لايتجزأ منه** [٢] .

المحكمة المختصة بتفسير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، لإزالة مايكتنف منطوقه من غموض ، أو إبهام :

وفقا لنص المادة (١٩٢) من قانون المرافعات المصرى ، فإن المحكمة التى أصدرت الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية تختص بطلب تفسير ماوقع فى منطوقه من غموض ، أو إبهام - **أيا كانت هذه المحكمة** - سواء كانت محكمة جزئية ، أم ابتدائية ، أم محكمة استئناف أم محكمة النقض .

كما يستوى أن تكون محكمة عادية ، أم محكمة استثنائية - ذلك لأن المحكمة التى أصدرت الحكم القضائى فى الدعوى القضائية أدرى من غيرها على فهم المقصود منه ، وتحديد معناه .

كما أن تفسير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية يدخل ضمن ولاية المحكمة التكميلية ، والتى تبقى لها حتى بعد إصدار الحكم القضائى فى الدعوى القضائية [٣] .

---

[١] أنظر : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - بند ١١٩ص٢٠٤ .

[٢] أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٣٤٢ص٦٥٣ .

[٣] أنظر : أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام فى قانون المرافعات - بند ٣٥ص٦٩٧ .

ولا يلزم أن يقوم بتفسير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية لإزالة مايكتنف منطوقه من غموض ، أو إبهام نفس القضاة الذين أصدروه [١] .

وإذا طعن فى الحكم القضائى المراد تفسيره بالإستئناف ، فإن غالبية فقه القانون الوضعى [٢] قد ذهبت إلى اختصاص محكمة الإستئناف التى طعن فى الحكم القضائى المراد تفسيره أمامها - دون غيرها - بنظر طلب تفسيره إستنادا إلى أن شرط اختصاص المحكمة التى أصدرت الحكم القضائى فى الدعوى القضائية بطلب تفسيره ، ألا يكون قد طعن فيه بالإستئناف [٣] .
إلا أن سلطة محكمة الإستئناف فى تفسير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية تكون مقصورة على الجزء من الحكم القضائى المطعون فيه أمامها

---

(١) أنظر : وجدى راغب فهمى - مبادئ - ص٥٩٩ ، السيد عبد العال تمام - الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن - ص١٨٨ .

(٢) أنظر : محمد ، وعبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات - الجزء الثانى - بند ١١٠٦ص٧٣٠ ، وجدى راغب فهمى - مبادئ - ص٥٩٩ ، نبيل إسماعيل عمر - أصول المرافعات المدنية ، والتجارية - بند٩٨٢ص١١١٠ .

(٣) ذهب جانب من فقه القانون الوضعى إلى جواز تقديم طلب تفسير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، ولو بعد رفع طعنا بالإستئناف عن الحكم القضائى المراد تفسيره ، متى توافرت مصلحة لمن يطلب تفسيره ، لتمكينه من إجراء التنفيذ ، متى كان الحكم القضائى المراد تفسيره - والمطعون فيه بالإستئناف - مشمولا بالنفاذ المعجل . أنظر : أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام فى قانون المرافعات - بند ٣٧١ص٧٠٧ .

بينما يرى جانب آخر من فقه القانون الوضعى أن استئناف الحكم القضائى المراد تفسيره ، لاينزع من المحكمة التى أصدرته سلطتها فى تفسيره ، ويكون الإختصاص بتفسيره فى حالة الطعن فيه بالإستئناف مشتركا بين المحكمة الأخيرة ، ومحكمة الإستئناف المطعون أمامها فى الحكم القضائى المراد تفسيره ، ويكون للخصم صاحب المصلحة الخيار بين تقديم طلب تفسير الحكم القضائى إلى أى من هاتين المحكمتين . أنظر : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - بند١٣١ص٢١٩ .

أما الجزء الذى لم يطعن فيه بالإستئناف ، فإن الإختصاص بتفسيره يكون منوطا بالمحكمة التى أصدرته [١] .

أما إذا طعن فى الحكم القضائى المراد تفسيره بالنقض ، فإن هذا لايسلب اختصاص المحكمة التى أصدرته بطلب تفسيره ، فيظل الإختصاص بطلب تفسيره معقودا لها ، بالرغم من الطعن فيه بطريق النقض [٢] .

إجراءات تفسير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية لإزالة مايكتنفه من غموض ، أوإبهام :

لاتقوم المحكمة بتفسير الحكم القضائى الصادر منها فى الدعوى القضائية المعروضة عليها من تلقاء نفسها ، وإنما يجب أن يقدم أحد الخصوم طلبا بذلك – **سواء كان الخصم الذى صدر لصالحه الحكم القضائى المراد تفسيره ، أو كان الخصم الذى صدر ضده .**

ويتبع فى تقديم طلب تفسير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، لإزالة مايكتنفه من غموض ، أو إبهام ، الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى القضائية ، أى إيداع صحيفة الدعوى القضائية بطلب تفسير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية فى قلم كتاب المحكمة المختصة بالفصل فيه ، وإعلانها لجميع الخصوم أطراف الحكم القضائى المراد تفسيره [٣] .

---

[١] أنظر : أحمد هندى – مبدأ التقاضى – بند٢٢ص١٤٩ .

[٢] أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ١٣٤ص٢٢٢ ، أحمد هندى – مبدأ التقاضى – بند ٢٢ص١٥٢ ، السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن ص١٨٩ .

[٣] أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٩٠ .

ولايتقيد طلب تفسير الحكم القضائى الصادر فـــى الدعـــوى القضائيـــة لإزالة مايكتنفه من غموض ، أو إبهام بميعاد معين .

فيجوز تقديمه فى أى وقت ، طالما لم يسقط الحكم القضائى المراد تفســـيره أو لم يحكم بإلغائه [١] .

ولايؤثر رفع الدعوى القضائية بطلب تفسير الحكم القضائى الصادر فـــى الدعوى القضائية على قوته ، ولايوقف ميعاد الطعن فيه [٢] .

نطاق سلطة المحكمة فى تفسير الحكم القضـــائى الصـــادر فـــى الدعوى القضائية ، لإزالة مايكتنفه من غموض ، أو إبهام :

تلتزم المحكمة المختصة بطلب تفسير الحكـــم القضـــائى الصـــادر فـــى الدعوى القضائية ، لإزالة مايكتنفه من غموض ، أو إبهام تفســـيرا منطقيـــا بالبحث عن التقدير الذى يتضمنه ، وليس بالبحث عن إرادة القـــاضى الـــذى أصدره ، بالرجوع إلى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية فى ذاتـــه بالنظر فى أسبابه ، وعناصره الأخرى .

فإذا لم تسعف المحكمة هذه العناصر ، فإنه يمكنها الإلتجـــاء إلـــى عنـــاصر أخرى فى القضية ، كطلبات الخصوم ، والأوراق المقدمة منهم [٣] ، [٤] .

---

(١) أنظر : محمد كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات فى ضوء الفقه ، وأحكام القضاء – ص١١٨٢ ، تعليقا على نص المادة (١٩٢) من قانون المرافعات المصرى .

(٢) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند ٣٤٢ص٦٥٣ ، السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٨٩ .

(٣) أنظر : إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – الجزء الثانى – بنـــد٤٠٠ ص٣٠٦ ، السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٩٠ .

وتختلف سلطة المحكمة فى تفسير الحكم القضائى الصادر منها فى الدعوى القضائية المعروضة عليها عن سلطتها فى تفسير الأحكام القضائية المقدمة لها كمستندات فى الدعوى القضائية ، والتى يحتج بها الخصوم لديها فسلطتها بالنسبه للأحكام القضائية المقدمة لها كمستندات فى الدعوى القضائية المعروضة عليها – والتى يحتج بها الخصوم لديها – هى سلطة تامة ، كسلطتها فى تفسير العقود ، والأوراق الأخرى ، لاتراقبها فيها محكمة النقض المصرية .

فلها أن تفسرها على أى وجه تحتمله ألفاظها ، غير ملتزمة فى ذلك بمعناها المتبادر للفهم ، مادام أنها تبنى تفسيرها على اعتبارات معقولة ، مسوغة لعدولها عن هذا المعنى الظاهر ، إلى المعنى الذى رأته مقصودا منها [1] .

ولايجوز للمحكمة عند تفسيرها للحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية أن تتجاوز مهمتها ، وتمس مضمونه – **بنقص ، أو بزيادة ، أو بتعديل ما قضى به الحكم القضائى – معتدية بذلك على الحجية القضائية التى** اكتسبها الحكم القضائى المراد تفسيره .

وإذا خالفت المحكمة ذلك ، فإنه يجوز الطعن على قرارها بطريق النقض إذا كان الحكم القضائى المفسر صادرا من محكمة الإستئناف ، لمخالفته للقانون الوضعى ، باعتدائه على الحجية القضائية للحكم القضائى المراد تفسيره . أما إذا كان الحكم القضائى المفسر صادرا من المحكمة الإبتدائية "

---

(٤) فى بيان الضوابط المختلفة التى يجب على المحكمة المختصة بطلب تفسير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، لإزالة مايكتنفه من غموض ، أو إبهام الإلتزام بها ، أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند١٤١ ص٢٢٩ومابعدها

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٣٢/١٢/١– فى الطعن رقم (٤٥) – لسنة (٢) ق – المجلد الثالث – بند٢٢٢٦ – ص ٢٨٩٥ ، ١٩٦٧/٦/١٣– فى الطعن رقم (٣٧) – لسنة (٣٤) ق – مجموعة الخمسين عاما – المجلد الثالث – بند ٢٢٣٢– ص٨٩٧ .

" منعقدة بهيئة استئنافية " فإنه لايجوز الطعن فيه ، ولافى الحكم القضائى التفسيرى بطريق النقض ، إلا إذا كان صادرا فى قضية وضع يد ، أو فى مسألة اختصاص ، وكان مبنيا على مخالفة القانون الوضعى ، أو خطأ فى تطبيقه ، أو تأويله [١] .

دور الخصوم فى دعوى تفسير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، لإزالة مايكتنفه من غموض أو إبهام :

يحدد الهدف من دعوى تفسير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، لإزالة مايكتنفه من غموض ، أو إبهام ، دور الخصوم فيها . ولهذا ، فإنه لايجوز لهم المجادلة فى المسائل القانونية التى فصل فيها الحكم القضائى المراد تفسيره [٢] .

كما لايجوز لهم تقديم طلبات قضائية جديدة ، أو إثارة دفوع لاتتعلق بدعوى تفسير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، لإزالة مايكتنفه من غموض ، أو إبهام ، أو تتجاوز نطاقها ، وحدودها [٣] .

---

[١] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٣٣/١٠/٢٦– فى الطعن رقم (٢٤) – لسنة (٣) ق – مجموعة الخمسين عاما – المجلد الثالث – بند٢٢٢٦– ص٢٨٩٥ ، ١٩٦٥/١٢/٢٨– مجموعة أحكام النقض – س (١٦) – ص١٣٣٩ .

[٢] أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر والأحكام وطرق الطعن – ص١٩٠ .

[٣] أنظر : نقض أحوال شخصية – جلسة ١٩٧٢/٤/١٩– مجموعة أحكام النقض – س (٢٣) – ص٧٣٩ .

القرار الصادر بتفسير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، والطعن فيه :

الحكم القضائى التفسيرى لايعتبر حكما قضائيا مستقلا عن الحكم القضائى الذى يفسره ، كما لايعتبر حكما قضائيا جديدا ، وإنما يندمج معه ويكون له نفس طبيعته .

فإذا كان الحكم القضائى محل التفسير موضوعيا ، فإن الحكم القضائى التفسيرى تكون له طبيعة موضوعية .

وإذا كان الحكم القضائى محل التفسير وقتيا ، فإن الحكم القضائى التفسيرى تكون له طبيعة قضائية وقتية [١] ، [٢] .

ويعتبر الحكم القضائى الصادر بالتفسير متمما من كل الوجوه للحكم القضائى الذى يفسره ، ويسرى عليه مايسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن - العادية منها ، وغير العادية " **المادة (١٩٢) من قانون المرافعات المصرى** " .

إلا أنه لايؤثر فى قابلية الحكم القضائى التفسيرى للطعن فيه ، أن يكون الحكم القضائى الذى يفسره قد صار انتهائيا ، أو باتا وقت صدوره ، لأن العبرة فى ذلك هى بقابلية الحكم القضائى محل التفسير للطعن فيه وقت صدوره [٣] .

---

[١] أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٩١ .

[٢] فى بيان النتائج المترتبة على ارتباط الحكم القضائى التفسيرى بالحكم القضائى المفسر ، أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ١٤٥ص٢٣٩ .

[٣] أنظر : أحمد ماهر زغلول ، السيد عبد العال تمام – الإشارة المتقدمة .

فيجوز لكل خصم أن يطعن فى الحكم القضائى الصادر بالتفسير بذات الطريق المقرر للطعن فى الحكم القضائى المفسر ، إذا جاوزت المحكمة المختصة بطلب تفسير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية سلطاتها وغيرت فى منطوق الحكم القضائى المراد تفسيره .

أما الحكم القضائى الصادر برفض تفسير الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، فإنه يجوز الطعن فيه فور صدوره – **وعلى استقلال** – عن الحكم القضائى محل التفسير ، ولكن بنفس طريقة الطعن الذى يخضع له الحكم القضائى محل التفسير ، ويبدأ ميعاد الطعن فيه من تاريخ صدوره ، أو من تاريخ إعلانه ، وفقا للقواعد العامة **الواردة فى المادة (٢١٣) من قانون المرافعات المصرى** " .

ثالثا :

إغفال المحكمة الفصل فى بعض الطلبات القضائية الموضوعية التى كانت مطروحة عليها :

إذا أغفلت المحكمة الفصل فى بعض الطلبات القضائية الموضوعية التى كانت مطروحة عليها ، فإنه يجوز لصاحب المصلحة فى الفصل فيها الرجوع إلى نفس المحكمة ، لكى تفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات قضائية موضوعية ، ويكون ذلك بالرجوع إليها عن طريق تكليف خصمه بالحضور أمامها ، لنظر هذا الطلب القضائى الموضوعى – **والذى لم يتم الفصل فيه** – والحكم فيه " **المادة (١٩٣) من قانون المرافعات المصرى** " على أساس أن القاضى الذى يغفل الفصل فى طلب قضائى موضوعى لايكون قد استنفد سلطته بشأنه ، **الأمر** الذى يبرر الرجوع إليه مرة أخرى للنظر فيه .

شروط الرجوع إلى المحكمـــة ، للنظـــر فـــى الطلـــب القضـــائى الموضوعى ، الذى أغفلت الفصل فيه :

يشترط للرجوع إلى المحكمة ، للنظر فى الطلب القضائى الموضوعى الذى أغفلت الفصل فيه ، مايلى :

الشرط الأول :

أن يكون الطلب القضائى الذى أغفلت المحكمة الفصل فيه من الطلبات القضائية الموضوعية :

والطلب القضائى الموضوعى هو :

الطلب القضـــائى الـــذى يتضمـــن دعوى قضائية موضوعية [1] ، والتى تهدف إلى الحصول على حكم قضائى بتأكيد ، أو نفى الحقوق المدعاة ، وإزالـــة مايعتريـــها مـــن تجـــهيل ، أو غموض يحول دون نفاذها [2] .

ويستوى أن يكون الطلب القضائى الموضوعى طلبا قضائيا أصليا ، أو طلبا قضائيا عارضا ، أو طلبا قضائيا احتياطيا ، أو طلبا قضائيـــا تابعـــا -- مثـــل **طلب فوائد الدين [3] ، [4] .**

---

(1) أنظر : فتحى والى -- الوسيط فى قانون القضاء المدنى -- بند ٣٤٠ ص٦٤٩ .

(2) أنظر : وجدى راغب فهمى -- مبادئ -- ص٣٤ .

(3) أنظر : أحمد ماهر زغلول -- مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها -- بند ١٥٢ ص٢٥٤ .

(4) فى توسع جانب من فقه القانون الوضعى فى مفهوم الطلب القضائى الموضوعى أنظر : أحمد أبوالوفـا -- نظرية الأحكام فى قانون المرافعات -- بند٣٧٥ص٧٠١ ، فتحى والى -- الوسيط فى قانون القضـــاء المدنى -- بند٣٤٠ص٦٤٩ ، السيد عبد العال تمام -- الأوامـــر ، والأحكـــام ، وطـــرق الطعـــن -- ص١٩٣-- الهامش رقم (٥) .

كما يجب أن يتمسك الخصوم بالطلب القضائى الموضوعى بصورة حازمة ، وصريحة فى مذكراتهم الختامية .

فإذا أغفلت المحكمة الفصل فى الطلب القضائى الإحتياطى الذى لم يرد فى المذكرة الختامية للخصم ، وإنما جاء التمسك به فى مذكرة سابقة مقدمة من نفس الخصم ، مما يعتبر عدولا منه عن ذلك الطلب ، فإنه يمتنع الإلتجاء بشأنه إلى هذا الطريق الإستثنائى [١] .

أما إذا كان ماأغفلت المحكمة الفصل فيه لم يكن طلبا قضائيا موضوعيا بالتحديد السابق ، وإنما كان دفعا للطلب القضائى ، أو كان متعلقا بدفوع شكلية ، أو موضوعية ، أو بدفع بعدم قبول الدعوى القضائية ، أو بإجراءات التحقيق ، والإثبات فى الخصومة القضائية ، فإن سكوت المحكمة عن الرد عليه ، والفصل فيه ، يعنى رفضا ضمنيا له .

الشرط الثانى :

أن يكون إغفال المحكمة عن الفصل فى بعض الطلبات القضائية الموضوعية إغفالا كليا :

بمعنى ألا تكون المحكمة قد فصلت فى الطلب القضائى الموضوعى المقدم إليها بأى شكل من الأشكال – **سواء بقضاء صريح ، أو بقضاء ضمنى** – بحيث يبقى الطلب القضائى الموضوعى أمامها لم يقض فيه [٢] .

وإذا تضمنت الدعوى القضائية عدة طلبات قضائية ، وفصلت المحكمة فى طلب قضائى منها ، ورفضت ماعدا ذلك من الطلبات القضائية ، فإنه يمكن الرجوع إلى نفس المحكمة ، للفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات

---

[١] أنظر : محمد كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات فى ضوء الفقه ، وأحكام القضاء ص١١٨٥ ، تعليقا على نص المادة (١٩٣) من قانون المرافعات المصرى .

[٢] أنظر : محمد كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات فى ضوء الفقه ، وأحكام القضاء ص١١٨٥ .

قضائية من جديد ، إذا لم تكن هذه الطلبات القضائية محلا لبحث المحكمة ولم تكن قد تعرضت لها فى أسباب الحكم القضائى الصادر منها [(١)] .

الشرط الثالث :

ألا يكون إغفال المحكمة عن الفصل فى بعض الطلبات القضائية الموضوعية عن عمد منها :

يجب أن يكون إغفال المحكمة عن الفصل فى الطلب القضائى الموضوعى سهوا أو بطريق الخطأ . فإذا كان ذلك عمدا منها ، فإن القاضى يعد منكرا للعدالة ، ويجوز فى هذه الحالة رفع دعوى المخاصمة عليه ، **وفقا لنص المادة (٣٩٤) من قانون المرافعات المصرى** [(٢)] .

الشرط الرابع :

أن يكون الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية قطعيا منهيا للخصومة القضائية :

يشترط للرجوع إلى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم القضائى فى الدعوى القضائية المعروضة عليها ، لاستدراك مافاتها الفصل فيه من طلبات قضائية موضوعية ، أن تكون قد فصلت فى الدعوى القضائية المعروضة عليها بحكم قطعى ، يكون منهيا للخصومة القضائية أمامها .

أما إذا ظلت الخصومة القضائية أمامها ، بأن استبقت جزء منها أمامها ، فإنه لاتتوافر شروط الإلتجاء إلى هذا الطريق الإستثنائى ، لأن الخصومة القضائية فى هذه الحالة تعتبر قائمة أمام المحكمة ، فى خصوص مالم تفصل

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى -- جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٠ -- فى الطعن رقم (١٨٢٩) -- لسنة (٥١) ق ، ١٩٨٥/٣/٧ -- فى الطعن رقم (١٨٤) -- لسنة (٥٨) ق .

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول -- مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها -- بند ١٥٠ص٢٥١ ، أحمد هندى -- مبدأ القاضى -- بند ٢٤ص١٦١ ، السيد عبد العال تمام -- الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن -- ص١٩٥ .

القضائية فى هذه الحالة تعتبر قائمة أمام المحكمة ، فى خصوص مالم تفصل فيه من الطلبات القضائية الموضوعية [١] .

ويستطيع الخصم إعادة إبداء الطلبات القضائية الموضوعية ، والتى أغفلت المحكمة الفصل فيها ، دون حاجة إلى نشأة خصومة قضائية جديدة [٢] .

المحكمة المختصة بالفصل فى الطلبات القضائية الموضوعية التى تم إغفالها :

تختص المحكمة التى أغفلت الفصل فى الطلب القضائى الموضوعى بتحقيقه ، والفصل فيه ، إذا عاد إليها مرة أخرى - **أيا كانت درجتها** ، أو **طبقتها** - سواء كانت محكمة أول درجة ، أو محكمة ثانى درجة ، أو محكمة النقض ، وهذه المحكمة تختص اختصاصا قضائيا نوعيا بنظر الطلب القضائى الموضوعى الذى أغفلت الفصل فيه ، طالما ثبت لها هذا الإختصاص القضائى إبتداء ، عند رفع الدعوى القضائية أمامها [٣] .

ويثبت الإختصاص للمحكمة بنظر الطلب القضائى الموضوعى الذى أغفلت الفصل فيه ، ولو كان ذلك الطلب لايدخل فى اختصاصها القضائى لو رفع إليها على استقلال [٤] .

أما إذا كان لايدخل فى اختصاصها القضائى على استقلال ، أو بالتبعية لباقى الطلبات القضائية ، فإنها لاتختص قضائيا بنظره [٥] .

---

[١] أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ١٦٦ص٢٨٠

[٢] أنظر : إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – الجزء الثانى – بند ٤٠١ ص٣٠٩ .

[٣] أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند ٣٧٥ ص٧٠٢ ، السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٩٦ .

[٤] أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ١٦٩ص٢٨٧ .

إجراءات الرجوع أمام المحكمة ، للفصل فى الطلبات القضائية الموضوعية التى تم إغفالها :

يكون الرجوع إلى المحكمة ، للفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات قضائية موضوعية ، عن طريق تكليف الخصم بالحضور أماها ، وليس عن طريق الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى القضائية (١) .

وليس للرجوع إلى المحكمة للفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات قضائية موضوعية ميعاد محدد ، فيجوز الرجوع إليها فى أى وقت ، لأنه يترتب على إغفال الفصل فى طلب قضائى موضوعى من جانب المحكمة بقائه معلقا أمامها ، بعد اتصاله بها ، إلى أن تقوم بالفصل فيه (٢) .

---

(٥) أنظر : محمد كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات فى ضوء الفقه ، وأحكام القضاء ص١١٨٧ ، وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٢/٢/١٤ – فى الطعن رقم (١٠٢١) – لسنة (٤٩) ق .

(١) أنظر : السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص ١٩٦. عكس هذا نقض مدنى مصرى – جلسة ١/٨/ ١٩٨٠ – فى الطعن رقم (١٤٢١) – لسنة (٤٧) ق . حيث قضى فى هذا الحكم القضائى بأنه : " يجب اتباع الأوضاع ، والإجراءات المقررة أمام محكمة النقض – والمنصوص عليها فى المادة (٢٥٣) ، وما بعدها من قانون المرافعات المصرى – عند الرجوع إليها ، للفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات قضائية موضوعية ". أنظر فى انتقاد هذا الحكم القضائى : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ص٦٤٨ – الهامش رقم (٢) . حيث ينتقد سيادته هذا الحكم القضائى الصادر من محكمة النقض المصرية ، على أساس أن الفصل فيما أغفلت المحكمة الفصل فيه من طلبات قضائية موضوعية ، ليس طعنا فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية أمام محكمة النقض . ومن ثم ، فإنه لايجوز إخضاعه لقواعد ، وإجراءات الطعن فى الأحكام القضائية الإنتهائية ، أمام محكمة النقض المصرية .

(٢) أنظر : محمد كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات فى ضوء الفقه ، وأحكام القضاء – ص١١٨٧، أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند ٣٧٥ص٦٩٨ ، السيد عبد العال تمام – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص١٩٧. وانظر مع ذلك : أحمد ماهر زغلول –

يترتب على صدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شأنه شأن الحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة – استنفاد سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بشأن مافصلت فيه من منازعات :

يترتب على صدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شأنه شأن الحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة – استنفاد سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بشأن مافصلت فيه من منازعات ، أى أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يستنفد ولاية من أصدره **Dessaissement des arbitres** .

ذلك أنه إذا كان القاضى العام فى الدولة يستنفد ولايته ، بمباشرته لها بالنسبة للنزاع المعروض عليه ، للفصل فيه ، ويباشر القاضى العام فى

مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ١٩٧. حيث يفرق سيادته بين خصومة أول درجة ، وخصومة الطعن .

فبالنسبة لخصومة أول درجة :

فإنه يكون للخصوم الحق فى الرجوع إلى المحكمة ، للفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات قضائية موضوعية ، فى أى وقت يشاءوا ، طالما كان فى مقدورهم إقامة دعوى قضائية مبتدأة بهذه الطلبات القضائية الموضوعية ، أمام المحكمة ، وفقا للقواعد العامة لرفع الدعاوى القضائية ، وأن اختيار أحد الطريقين ، يغلق الطريق الآخر .

أما بالنسبة لخصومة الطعن :

فإنه – وعند إغفال محكمة الإستئناف الفصل فى بعض الطلبات القضائية الموضوعية – لايكون متاحا للخصوم إلا طريقا واحدا ، وهو الإلتجاء إليها بإجراءات إغفال الفصل فى بعض الطلبات القضائية الموضوعية ، ويلتزم الخصوم بضرورة أن يكون هذا الرجوع قبل صدور الحكم القضائى المنهى للخصومة القضائية كلها .

الدولة سلطته عن طريق مايصدره من أعمال . وإن كان كل مايصدره من أعمال لاتستنفد سلطته ، إذ أن دراسة واقعات التداعى ، وأوراقه ، ومستندات وطلبات الخصوم ، ودفاعهم ، ودفوعهم فى الدعوى القضائية ، ومايتخذ من إجراءات قضائية بقصد تحقيقها ، لاتستنفد ولاية القاضى العام فى الدولة وإنما الذى يستنفد هذه الولاية هو نوعا معينا من هذه الأعمال - **وهو الأعمال القضائية** - شريطة أن تكون هذه الأعمال أعمالا قضائية قطعية (١) ، (٢) .

وإذا كان قانون المرافعات المصرى لم يتضمن نصا قانونيا وضعيا مماثلا للنص القانونى الوضعى فى قانون المرافعات الفرنسى ، بخصوص إستنفاد ولاية القاضى العام فى الدولة بالنسبة للمسألة التى فصل فيها ، فى الدعوى القضائية المعروضة عليه ، فليس معنى هذا أن قانون المرافعات المصرى لايعرف فكرة إستنفاد ولاية القاضى العام فى الدولة بالنسبة للمسألة التى فصل فيها ، بل العكس من ذلك هو الصحيح ، إذ رأى المشرع الوضعى المصرى فى هذه الفكرة أصلا عاما من أصول التنظيم القضائى

---

(١) فى التعريف بفكرة استنفاد ولاية القاضى العام فى الدولة ، بالنسبة للمسألة التى فصل فيها ، أنظر :

JEAN VINCENT : Procedure civile . 19 ed . 1978 . Paris . P. 105 et s ; PERROT (RPGER) : Institutions Judiciaire . P. 560 et s.

وانظر أيضا : **محمود محمد هاشم** - إستنفاد ولاية القضاء المدنى فى قانون القضاء المدنى - ط ١٩٧٩ / ١٩٨٠ - دار الفكر العربى بالقاهرة ، مفهوم استنفاد ولاية القاضى المدنى - بحث منشور بمجلة المحاماة المصرية - س (٦١) - ١٩٨١ - العددان الخمس ، والسادس - ص ص ٣٤ - ٨٨ ، إستنفاد ولاية المحكمين فى قانون المرافعات - المقالة المشار إليها ، **أحمد ماهر زغلول** - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - ط١٩٩٢ - بند ٥ ومايليه .

(٢) فى التمييز بين فكرة استنفاد ولاية القاضى العام فى الدولة بشأن المسألة التى فصل فيها ، وبعض الأفكار القانونية الأخرى ، والتى قد تختلط بها فى الممارسة العملية ، أنظر : **محمود محمد هاشم** - إستنفاد ولاية المحكمين فى قانون المرافعات - المقالة المشار إليها - بند ٢٧ ومايليه ص ٥٠ ومابعدها .

يجب إعماله ، ولو لم يكن منصوصا عليه بصفة خاصة ، ويكتفى المشرع الوضعى المصرى بالنص على ماقد يخالفه - أى النص على مايعتبر استثناء ، كما فعل بالنسبة لأحكام المواد (١٩١) ، (١٩٢) ، (١٩٣) من قانون المرافعات المصرى [1] .

وأنه وإن كان الأمر كذلك بالنسبة لمعرفة فكرة استنفاد ولاية القاضى العام فى الدولة ، بشأن المسألة التى فصل فيها **dessaisissement du juge** ، فإن الفكرة نفسها يكون معترفا بها بالنسبة لاستنفاد ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بشأن المسألة التى فصلت فيها **dessaisissement de l'arbitrage** .

ذلك أن أنصار النظرية القضائية لنظام التحكيم يرون أنه إذا كانت سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هى سلطة القضاء فيه ، وأن مهمتها هى مهمة قضائية ، تتمثل فى الفصل فى النزاع - موضوع الإتفاق على التحكيم - بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " فصلا نهائيا ، بحكم تحكيم ، يكون ملزما لهم ، فإن استقرار الأوضاع ، والمراكز القانونية يستوجب للوقوف بالنزاع - موضوع الإتفاق على التحكيم ، والذى فصلت فيها هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - عند حد معين ، ويمتنع على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الرجوع عن حكم التحكيم الذى أصدرته فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وهو ذات الهدف الذى من أجله وجدت فكرة استنفاد ولاية القاضى

---

[1] أنظر : محمود محمد هاشم - إستنفاد ولاية المحكمين - المقالة المشار إليها - بند ١٠ ومايليه ص ٦٦ ومابعدها ، وما أشار إليه من مراجع ، وأحكام فى الهوامش ، وجدى راغب فهمى - النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٧٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٥٦١ ومابعدها .

التحكيم ، وهو ذات الهدف الذى من أجله وجدت فكرة استنفاد ولاية القاضى العام فى الدولة ، بالنسبة للمسألة التى فصل فيها [١] .

وإذا كانت مهمة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتختلف عن مهمة القاضى العام فى الدولة ، فإن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لابد وأن يستنفد ولايتها ، بشأن المسألة التى فصلت فيها ، شأنه فى ذلك شأن حكم القاضى العام فى الدولة ، فكلاهما يعد عملا قضائيا ، ولايكون لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة فى العودة إلى حكم التحكيم الذى أصدرته فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مرة ثانية بقصد تعديله – سواء بالحذف منه ، أو بالإضافة إليه – أو إلغائه ، فهى بعد إصدارها لحكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لم تعد هيئة تحكيم ، فقد استعملت السلطة المخولة له بموجب الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – فلا تملكها بعد أن انقضت مهمتها بالحكم فيها . وعلى هذا ، أجمع فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن ، ونصت على ذلك صراحة المادة (١/١٤٧٥) من مجموعة المرافعات الفرنسية [٢] بحيث يرتب حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أثره فى استنفاد سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى خصوص مافصلت فيه من مسائل . ويشمل مجال

---

(١) أنظر : محمود محمد هاشم – إستنفاد ولاية المحكمين – المقالة المشار إليها – ص ١١٦ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٧٨ ص ٢٢٣ ومابعدها .

(٢) أنظر :

VINCENT et GUINCHARD : op . cit . , N . 1381 bis .

وانظر أيضا : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – ط ١٩٩٢ – بند ٤٣ ص ٨٢ ، ٨٣ ، محمود محمد هاشم – إستنفاد ولاية المحكمين – المقالة المشار إليها – ص ٢٦٤ ، ٢٧٢ ومابعدها .

الإستنفاد ، كافة الأحكام القطعية الصادرة من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **أيا كانت طبيعة المسائل التى فصلت فيها** - فيستوى لإحداث هذا الأثر أن يكون حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد فصل فى النزاع الموضوعى محل الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أو فى مسألة متفرعة عنه أو فى مسائل كانت قد أثيرت بمناسبته ، أثناء سير خصومة التحكيم [١] ، [٢] أما الأحكام غير القطعية التى تصدرها هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وهى فى سبيل تهيئة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للفصل فيه - **كالأحكام التحضيرية ، أو التمهيدية ، أو المتعلقة بإجراءات الإثبات** - فإنها لاتؤدى إلى استنفاد سلطتها . ومن ثم فإنها تلك الرجوع عنها ، أو تعديلها [٣] ، [٤] .

---

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - بند ٤٣ ص ٨٢ ، ٨٣ ، والهوامش الملحقة .

(٢) فى دراسة أثر الذاتية الخاصة لنظام التحكيم فى الحد من مجال صدور أحكام تحكيم ، تقطع فى المسائل الإجرائية ، التى تثار أثناء خصومة التحكيم ، ويكون من شأنها إنهاء هذه الخصومة ، دون الفصل فى موضوعها - كالأحكام الصادرة ببطلان صحيفة الدعوى القضائية ، أو باعتبار الخصومة القضائية كأن لم تكن ، أو بسقوطها ، أو بانقضائها ، أنظر : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها ، بند ٤٣ ص ٨٣ - الهامش رقم (١) .

(٣) أنظر : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - بند ٤٣ ص ٨٢ - الهامش رقم (٤) ؛ محمود محمد هاشم - إستنفاد ولاية المحكمين فى قانون المرافعات - المقالة المشار إليها - ص ٢٧٧ .

(٤) فى دراسة سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر :
DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit., p. 284 et s ; ROBERT et MOREAU : op . cit., N. 339 et s ; VINCENT et GUINCHARD : op . cit., N. 1378 .

وإذا كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كالقاضى العام فى الدولة - تستنفد سلطتها بالنسبة للمسألة التى فصلت فيها بحكم التحكيم - وبمجرد إصداره - فهل يكون لها - كما للقاضى العام فى الدولة - سلطة مراجعة حكم التحكيم الصادر منها ، فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لتصحيح ماقد يشوبه من أخطاء مادية أو لتفسير ماقد يعتوره من غموض ، أوإبهام ، أو لإكماله ، فى حالة إغفال الفصل فى بعض المسائل المطروحة عليها ؟ [١] .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٠٨ ، محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٢٢ ومابعدها ، عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ٥١ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٥١ ، ٥٢ ص ٩٤ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ٢٥٣ ومابعدها ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٧٨ ومايليه ص ٣٧٣ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ٣٤٠ ومابعدها .

فى التحقيق ، والإثبات ، أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , p . 284 et s ; ROBERT et MOREAU : op . cit . , N . 339 et s ; VINCENT et GUINCHARD : op . cit . , N . 1378 ..

(١) فى دراسة الإتجاهات الأساسية التى اعتمدت فى فقه القانون الوضعى المقارن فى محاولة للإجابة على هذا التساؤل ، أنظر :

JEAN ROBERT : L'arbitrage . Droit interne ., Droit international . 5 edition . 1983 . P . 185 , 186 . N . 213 et s ; Repertoire De Droit civile . Droit interne . Arbitrage . T. 1 . 1988 . N . 364 et s .

وانظر أيضا : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط١ - ١٩٨١ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٧١٦ ومابعدها ، محمود محمد هاشم - إستنفاد ولاية المحكمين - المقالة المشار إليها - ص ٥٣ ومابعدها بند ٣٠ ومايليه ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١١٧ ص ٢٨٤ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - بند ٤٤ ومايليه ص ٨٣ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ١١٧ ومايليه

أولا :

الوضع فى مجموعة المرافعات الفرنسية :

تنص المادة (١/١٤٧٥) من مجموعة المرافعات الفرنسية على أنــه :

" **صدور حكم التحكيم يغل يد المحكم عن نظر النزاع الــذى فصــل فيــه** " والمقصود هو حكم التحكيم الذى فصل فى خصومة التحكيم كلــها ، إذ بــهذا الحكم تنتهى آثار الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - بتحقيــق الغاية منه [1] .

وبالرغم من ذلك ، فإن الفقرة الثانية من المادة (١/١٤٧٥) من مجموعــة المرافعات الفرنسية تنص على أنه :

" **للمحكم سلطة تفسير الحكم ، وتصحيح الأخطاء ، أو الإغفال المــادى الذى من شأنه التأثير فى الحكم ، وتكملته فى حالة عدم الفصل فــى طلــب رئيسى ، وتكون نصوص المواد (٤٦١- ٤٦٣) من مجموعة المرافعــات الفرنسية واجبة التطبيق ، وإذا تعذر انعقاد محكمة التحكيم من جديد ، فهذه الإمكانية تختص بها السلطة التى كان ينعقد لها الإختصاص فى حالة عــدم وجود التحكيم** " [2] .

ص ٢١٥ ومابعدها ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بنــد ٦٣ ص ٢٢٩ ومابعدها .

[1] فى دراسة أثر صدور الحكم المنهى لخصومة التحكيم على إنتهاء مهمة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ١٢١ ومايليه ص ٢٢٠ ومابعدها .

[2] فى دراسة حالات المراجعة ، ونظامها القانونى للأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام فى الدولــة " الخطأ المادى ، تصحيح الأحكام ، غموض المنطوق ، وإبهامه - تفسير الأحكام ، إغفال الفصل فى بعــض الطلبات " إكمال الأحكام " ، أنظر : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيــها -

ومفاد النص القانونى الوضعى الفرنسي المتقدم ، تطابق الحالات التى يجوز فيها لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم التدخل حتى بعد صدور حكم التحكيم المنهى لخصومة التحكيم . وتشمل التدخل لتفسير حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أو تصحيح ماشابه من خطأ ، أو سهو مادي ، أو للفصل فلى طلبات أغفل الفصل فيها .

ولكن المشرع الوضعى الفرنسي لم يعامل أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع الإتفاقات على التحكيم معاملة خاصة ، وإنما أجرى عليها نصوص مجموعة المرافعات الفرنسية التى تنظم هذه الحالات ، بالنسبة للأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام فى الدولة .

كما أنه قد واجه وبوضوح حالة تعذر انعقاد هيئة التحكيم التى فصلت فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فمنح الإختصاص للقضاء المختص أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم (١) .

بند ٨٥ ومايليه ص ١٥٠ ومابعدها ، عزمى عبد الفتاح – سلطة المحكم فى تفسير ، وتصحيح الأحكام – بحث منشور بمجلة الحقوق الكويتية – س (٨) – العدد الرابع – سنة ١٩٨١ .

(١) ويكون لهيئة التحكيم مباشرة سلطات تصحيح حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وتفسيره ، وإكماله . ولكن – ونظرا لأنها سلطات تثبت له على سبيل الإستثناء – فإنها تباشر فى الحدود التى عينتها النصوص القانونية الوضعية فى هذا الصدد ، وعلى نحو ماوردت فيه . وتفريعا على ذلك ، فإن مباشرة هذه السلطات تكون مشروطة – وفقا لنص المادة (١٤٧٥/ ٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية – بإمكان انعقاد هيئة التحكيم مرة أخرى . فإذا لم يمكن ذلك ، فإن هذه السلطات تؤول إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم .

وسلطات مراجعة حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – والتى تثبت لهيئة التحكيم – تقتصر على الحالات التى حددها النص القانونى الوضعى المشار إليه ، وهى : التصحيح ، والتفسير ، والإكمال ، فلا يكون لهيئة التحكيم سلطة المراجعة ، لتصحيح حكم

ويثور التساؤل عن أثر استئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على سلطة هيئة التحكيم فى تفسير حكم التحكيم الذى أصدرته ، فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو تصحيحه ، أو إصدارحكم التحكيم الإضافى ، فيما تم إغفال الفصل فيه من طلبات الخصوم فى خصومة التحكيم ؟ .

ولامناص فى هذه الحالة من إعمال حكم المادة (٤٦١) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، والتى تنهى إمكانية طلب تفسير حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من المحكمة التى أصدرته منذ لحظة الطعن فيه بالإستئناف ، أمام المحكمة المختصة بنظره .

وترتيبا على ذلك ، فإنه يمتنع على هيئة التحكيم أن تتصدى لطلب تفسير حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا ما طعن فيه بالإستئناف ، ولاتصبح لهذه المحكمة صفة فى تلقى طلب تفسير حكم التحكيم الذى أصدرته فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

أما إذا تنازل الأطراف فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - عن الطعن بالإستئناف فى حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم ، فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو لم يتنازلوا ، ولم يطعن أحدهم فيه بالإستئناف ، فإنه يمكن الإلتجاء إلى هيئة التحكيم التى أصدرته ، لتفسيره ويتم تقديم طلب التفسير وفقا لإجراءات تقديم طلب التحكيم ذاته ، فلا تتعلق المسألة بأمر على عريضة ، ويلزم إعلان الطرف الآخر ، وسماعهم

فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا كان الخطأ الذى شابه هو القضاء بما لم يطلب ، أو بأكثر مما طلب ، فى تفصيل ذلك ، أنظر : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - ط ١٩٩٢ - بند ٤٥ ص ٨٥ - الهامش رقم (١) - ب ، وما أشار إليه من مراجع ، وأحكام . وأيضا : بند ٢٠ ، والهوامش الملحقة به .

وتحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم فى الإجـراءات ، وإلا تعـرض الحكـم المفسر للبطلان [1] .

ويسرى نص المادة (٤٦٢) من مجموعة المرافعات الفرنسـية علـى طلب تصحيح الأخطاء المادية - كتابية كانت ، أم حسـابية - فـى حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو ماوقع فيه مـن سهو ، فينعقد الإختصاص عندئذ لهيئة التحكيم التى أصدرت حكم التحكيم فـى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم . إلا إذا تعـذر انعقادهـا ، فيكـون الإختصاص للمحكمة الإبتدائية التى صدر حكم التحكيم فى النزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم فى دائرة اختصاصها [2] .

---

(١) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ط١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقـاهرة - بند ١٢١ ص ٢٢١ .

(٢) فسلطة مراجعة أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم - وفقـا لنـص المادة (٢/١٤٧٥) من مجموعة المرافعات الفرنسية تقوم على التميز بحسب مإذا كـان اجتمـاع هيئـة التحكيم التى أصدرت حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من جديد مازال فى حـيز الإمكان ، أو تعذر ذلك . فإذا كان اجتماعها مازال ممكنا ، فإنه يؤول إليها سلطات مراجعة حكمـها ، فى الحالات المحددة فى هذا النص القانونى الوضعى المشار إليه .

أما إذا لم يكن إجتماعها ممكنا ، فإن سلطات المراجعة تؤول إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم ، لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم .

ولقد قضى بأنه : " اجتماع هيئة التحكيم التى أصدرت حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفـاق علـى التحكيم يكون فى حيز الإمكان ، إذا كانت خصومة التحكيم مازالت منظورة أمامها ، بعد صدور حكـم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فيمكن للأطراف طلب تفسير هذا الحكم ، إذا كـان قد صدر مشوبا بالغموض ، والإبهام ، أنظر :

Civ . 22 Nov . 1968 . Rev . Arb . 1969 . 24 .

كما قضى كذلك باختصاص هيئة التحكيم بتفسير حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق علـى التحكيم ، ولو بعد انقضاء ميعاد التحكيم ، إذا اتفق الخصوم علـى ذلـك بمشـارطة تحكيـم جديـدة Compromis ، لأن الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشـارطة - يـؤدى إلى إمكانيـة إجتماع هيئة التحكيم من جديد ، أنظر :

Com . 22 Dec . 1975 . Rev . Arb . 1977 . 133 . Note : PH . F .

ويمكن لهيئة التحكيم أن تتصدى للفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات الخصوم فى التحكيم ، وتسرى عندئذ المادة (٤٦٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية .

ويجب تقديم طلب إصدار حكم التحكيم الإضافى خلال سنة من تاريخ اكتساب حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لقوة الشئ المقضى - سواء تعلق الأمر بهيئة التحكيم ، أم بالقضاء العام فى الدولة .

وإذا رفع طعنا باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قبل تقديم طلب إصدار حكم التحكيم الإضافى لهيئة التحكيم ، أو بعد اتصالها بهذا الطلب من جديد ، للفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات الخصوم فى التحكيم ، فإنه يتعين على المحكمة وقف الدعوى القضائية لحين فصل هيئة التحكيم فى طلب إصدار حكم التحكيم الإضافى ، للمحافظة على حقوق الأطراف فى درجتى التقاضى ، ولكى يتسنى لمحكمة الإستئناف إعادة النظر فى كافة ماتناوله حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من طلبات .

وكافة الأحكام المتقدمة لاتسرى إلا على التحكيم الداخلى فى فرنسا .

أما التحكيم الدولى ، فلايخضع لها ، حتى ولو كانت مجموعة المرافعات الفرنسية هى الواجبة التطبيق على النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إلا إذا لم يتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على وضع قواعد خاصة تحكم المسائل التى تعالجها النصوص القانونية الوضعية المتقدم

وانظر فى أن للخصوم عدم الإعتداد بالحكم الذى تصدره هيئة التحكيم ، والإتفاق على إعادة عرضه على التحكيم مجددا ، بتشكيل جديد ، أو بنفس التشكيل الذى أصدر حكم التحكيم : أحمد أبو الوفا - التحكيم بالقضاء ، وبالصلح - بند ١١٩ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١١٨ .

وفى تفصيل ذلك ، أنظر : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - بند ٤٦ ص ٨٨ - الهامش رقم (١) .

ذكرها فى هذا الشأن ، إعمـــالا لنـــص المـــادة (١٤٩٥) مـــن مجموعـــة المرافعات الفرنسية – والتى تستبعد **نصوص التحكيم الداخلى الـــواردة فـــى الأبواب الثلاث من الكتاب الرابع من مجموعة المرافعات الفرنسية** [١] ، [٢]

ثانيا :

الوضع فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [٣] :

تنص المادة (١/٤٩) من قانون التحكيم المصرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ **فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على حق كل طرف من أطراف التحكيم فى أن يتقدم لهيئة التحكيم بطلب تفسير ماالكتنف حكم التحكيـــم** الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من غموض فـــى منطوقـــه على أن يخطر الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه ، ويقدم الطلـــب خـــلال

---

(١) أنظر :

ROBERT (J .) : Arbiteage civile et commercial en droit interne et international prive . Dalloz . 4ed . 1990 . P . 185 et s.

وانظر أيضا : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ١٢١ ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ .

(٢) فى دراسة تفسير ، وتصحيح حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم ، أو إصدار أحكام تحكيم إضافية فى اللوائح ، والقواعد ذات الطابع الدولى ، أنظر : مختار أحمد بريـــرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ١٢٢ ومابعدها ص ٢٢٣ ومابعدها .

(٣) فى دراسة سلطات هيئة التحكيم فى تصحيح ، وتفسير ، وإكمال حكم التحكيم الذى أصدرته فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ١١٧ ومايليه ص ٢١٥ ومابعدها .

الثلاثين يوما التالية لتسليم حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لمن صدر لصالحه [1] .

ووفقا للفقرة الثانية من المادة (٤٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، فإنه يجب على هيئة التحكيم أن تصدر فى طلب تفسير ما اكتنف حكم التحكيم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من غموض فى منطوقه خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديمه إليها ، مع جواز مده ثلاثين يوما أخرى ، إذا قدرت هيئة التحكيم ضرورة ذلك .

كمانصت الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أن الحكم التفسيرى يعتبر متمما لحكم التحكيم المفسر – والصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – ويخضع للأحكام التى يخضع لها هذا الحكم فيجب تسليم صورة منه لكل طرف ذى شأن ، كما يلزم إيداعه قلم كتاب المحكمة المختصة ، ويمكن الطعن فيه تبعا للطعن فى حكم التحكيم الأصلى " المفسر " – والصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – أو على نحو مستقل ، إذا تضمن التفسير تعديلا فى حكم التحكيم المفسر – والصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

إذ بصدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ترتفع يد هيئة التحكيم التى أصدرته ، ولاتكون لها صفة فى إجراء أية تعديلات فيه حتى ولو كان مشوبا بما يبطله ، إذ يصبح الطريق الوحيد هو رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلانه .

---

[1] وهو ميعادا تنظيميا ، فلا يترتب على فواته سقوط الحق فى طلب تفسير حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ١١٨ ص ٢١٦ .

ولكن يثور التساؤل عندما ينفرط عقد هيئة التحكيم بعد إصدارها لحكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ويصعب اجتماعها بتشكيلها الذى تولى إصدار حكم التحكيم المراد تفسيره ؟ . بل وقد يستحيل ذلك – **كما لو توفى أحد أعضائها ؟** .

لم يعالج قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية هذا الفرض ، كما أنه قصر اختصاص المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم** – على المسائل التى يحيلها إليها قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية .

ولم ترد أية إحالة فى نص المادة (٤٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على هذه المحكمة ، لتتولى تفسير حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى حالة تعذر انعقاد هيئة التحكيم التى أصدرته [1] .

ولذلك ، فإنه يتعين على الأطراف ذوى الشأن الإتفاق على استكمال هيئة التحكيم ، أو الإتفاق على تشكيلها ، لتتولى تفسير حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

فإن تعذر ذلك ، فإنه يمكن الإلتجاء عندئذ إلى رئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم** – للمساعدة فى إتمام هذا التشكيل ، والذى يتولى عندئذ تفسير حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

---

[1] أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ٤٤ ومابليه ص ٨٣ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ١١٨ ص ٢١٧ .

أما إذا وصل الأمر لطريق مسدود ، فلا مندوحة من تولى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم** - أمر التفسير .

وكان يحسن بالمشرع الوضعى المصرى مواجهة هذا الفرض بنص قانونى وضعى صريح فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، كما فعل المشرع الوضعى الفرنسى فى فى المادة (٢/١٤٧٥) من مجموعة المرافعات الفرنسية [1] .

وتنص المادة (٥٠) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة **١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على حق هيئة التحكيم التى أصدرت حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى التصدى من تلقاء نفسها لتصحيح ماوقع فيه من أخطاء مادية بحتة - كتابية كانت ، أم حسابية . كما يجوز لها ذلك ، بناء على طلب أحد الأطراف . ولايحق لهيئة التحكيم أن تراجع حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع** الإتفاق على التحكيم من ناحية موضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم فهى منذ النطق به تفقد صفتها فى نظر موضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم ، والذى حسمته بإصداره - **أيا كانت العيوب التى شابته** - وتكون مواجهة هذه العيوب عن طريق رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **إذا توافرت أسبابها .**

فتصحيح حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كما هو الشأن فى تصحيح الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام فى الدولة** - يقتصر على تصحيح الأخطاء المادية البحتة - **كتابية كانت** ، أم **حسابية ، على حد تعبير نص المادة (١/٥٠) من قانون التحكيم المصرى**

---

[1] أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - الإشارة المتقدمة .

رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية – سواء أخذت شكل أخطاء كتابية ، أم حسابية ، أو أي شكل آخر يندرج تحت مفهوم الخطأ المادي ، والذي ينصرف إلى كافة الأخطاء التي لايؤثر تصحيحها في تعديل ماقضى به حكم التحكيم في موضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم .

إذ لايصح أن تصبح إتاحة التصحيح المادي لحكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وسيلة لإعادة النظر فيه ، وتصحيح الأخطاء التي وقعت فيها هيئة التحكيم عند تطبيق القانون الواجب التطبيق على النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو مراجعة تقديرها ، لما ارتأته محققا للعدالة إذا كانت مفوضة بالحكم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " وفقا للعدالة ، والإنصاف .

وإذا تجاوزت هيئة التحكيم حدود التصحيح المادي لحكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على هذا النحو ، فإنه يجوز عندئذ التمسك ببطلان قرارها [1] .

وتصدر هيئة التحكيم قرارها بتصحيح حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من الأخطاء المادية التي شابته – **كتابية كانت أم حسابية** – خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ صدوره ، إذا تصدت لتصحيحه من الأخطاء المادية التي شابته – **كتابية كانت ، أم حسابية** – من تلقاء نفسها .

أما إذا تدخلت بناء على طلب أحد الأطراف ذوو الشأن ، فإن مدة الثلاثين يوما المشار إليها تسري من تاريخ إيداع طلب تصحيح حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من الأخطاء المادية التي شابته –

---

[1] أنظر : مختار أحمد بريري – التحكيم التجاري الدولي – بند ١١٩ ص ٢١٧ ، ٢١٨ .

ويمكن لهيئة التحكيم مد الميعاد المتقدم ذكره ثلاثين يوما أخرى ، إذا رأت ضرورة ذلك .

ويصدر قرار هيئة التحكيم بتصحيح حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من الأخطاء المادية التي شابته – كتابية كانت أم حسابية – كتابة ، ويلزم إعلانه إلى الطرفين ذوي الشأن ، خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره ، وتسري على كيفية هذا الإعلان المادة (٧) من قانون المرافعات المصري [١] ، [٢] .

كما أجازت المادة (٥١) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية لكل طرف من أطراف التحكيم – حتى بعد انتهاء ميعاد التحكيم – أن يطلب من هيئة التحكيم التي أصدرت حكم التحكيم في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إصدار حكم تحكيم إضافي ، يفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات . ويجب أن يقدم إليها طلبا بذلك ، فنص المادة (٥١) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية لم يخولها حق التصدي من تلقاء نفسها – كما هو الحال في تصحيح الأخطاء المادية – كتابية كانت ، أم حسابية – التي شابت حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

ويقدم لهيئة التحكيم طلب إصدار حكم تحكيم إضافي ، يفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات خلال الثلاثين يوما التالية لتسليم حكم التحكيم الصادر

---

(١) أنظر : مختار أحمد بريري – التحكيم التجاري الدولي – بند ١١٩ ص ٢١٨ .

(٢) في دراسة إختصاص هيئة التحكيم بتصحيح حكم التحكيم التي أصدرته في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ٤٧ ص ٨٨ ، ٨٩ ، مختار أحمد بريري – التحكيم التجاري الدولي – بند ١١٩ ص ٢١٧ ، ٢١٨ .

فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لمن صدر لصالحه ، مع إعلان الطرف الآخر قبل تقديم الطلب .

وتتولى هيئة التحكيم فحص طلب إصدار حكم تحكيم إضافى ، يفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات ، واستيفاء ماتراه لازما ، لإمكان الفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات ، وتصدر حكم التحكيم الإضافى خلال ستين يوما من تاريخ تقديم الطلب إليها بإصدار حكم تحكيم إضافى ، يفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات ، مع جواز مد الميعاد ثلاثين يوما أخرى إذا رأت ضرورة لذلك [1] .

ويلزم إيداع حكم التحكيم الإضافى فى قلم كتاب المحكمة المختصة وتسرى عليه كافة الأحكام السارية على حكم التحكيم الأصلى – **والصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .**

ولكن يظل دوما إلتزام هيئة التحكيم بعدم تجاوز حدود مهمتها ، فلا يصح أن تستخدم مكنة إصدار حكم تحكيم إضافى للتعرض لما لم يطلبه الخصوم فى التحكيم ، أو لما يجاوز حدود اختصاصها ، وإلا أمكن رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الإضافى .

فحكم التحكيم الإضافى تتحدد دائرته إبتداء بتحديد موضوع النزاع الذى عهد لهيئة التحكيم أن تفصل فيه ، ثم المقارنة بين مافصل فيه حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ومالم يفصل فيه ، رغم

---

[1] والميعاد المنصوص عليه فى المادة (٥١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، والمقرر لاختصاص هيئة التحكيم التى أصدرت حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم باصدار أحكام تحكيم إضافية ، هو من المواعيد التنظيمية ، والتى لايترتب أى أثر على عدم مراعاتها . أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ١٢٠ ص ٢١٩ .

اندراجه تحت مفهوم موضوع النزاع – كما حدده اتفاق التحكيم ، شرطا كان أم مشارطة [١] ، [٢] .

السند الرابع :

تطبيق بعض القواعد المتعلقة بالقضاة على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الأنظمة القانونية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها :

ضمانات حياد القاضى العام فى الدولة :

من أهم ضمانات العدالة أن يكون القاضى محايدا بين الخصوم ، تتوافر فيه شروط الحياد ، وتنتفى لديه مؤثرات الإنحياز إلى جانب أحد الخصوم ، لأن القاضى يمكن أن يتأثر فى حكمه بظروفه الشخصية ، والعائلية ومصالحه المالية ، فيختل ميزان العدالة ، وتثار الشبهات ، والشكوك حوله .

لذا ، تحرص تشريعات القضاء المدنى على معاجة مشكلة حياد القاضى بالنص على أنظمة مختلفة تضمن حياده ، وتتدرج حسب درجة صلة القاضى بالخصوم ، أو بموضوع النزاع المعروض عليه ، للفصل فيه .

---

(١) أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ١٢٠ ص ٢١٩ .

(٢) فى دراسة إختصاص هيئة التحكيم التى أصدرت حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بإصدار أحكام تحكيم إضافية ، أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ٤٧ ص ٨٩ ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ١٢٠ ص ٢١٨ ، ٢١٩ .

عدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى القضائية [١] :

حددت المادة (١/١٤٦) من قانون المرافعات المصرى عدة أسباب وافترضت عدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى القضائية ، واعتباره ممنوعا من سماعها ، ولو لم يرده أحد الخصوم ، إذا توافرت إحداها ، لأنها تكون من القوة ، بحيث لايأمن معها حياد القاضى .

ولو استمر القاضى فى نظر الدعوى القضائية ، بالرغم من توافر سبب من أسباب عدم صلاحيته لنظرها ، فإن الحكم القضائى الصادر منه عندئذ يكون باطلا ، بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام فى مصر ، ولو قبله الخصوم ، أو حاز على رضائهم .

ويجوز عندئذ – **فى رأى** – رفع دعوى قضائية أصلية مبتدأة بطلب بطلانه بينما يرى جانب من فقه القانون الوضعى – **وبحق** – عدم جواز رفع هذه الدعوى القضائية ، طالما كان يجوز الطعن فى الحكم القضائى – **الصادر بالرغم من توافر سبب من أسباب عدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى القضائية** – بطرق الطعن المقررة قانونا .

أما إذا أغلق سبيل الطعن على الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية عندئذ ، فإنه لامناص من رفع دعوى قضائية أصلية مبتدأة بطلب بطلانه . وإذا كان الحكم القضائى – **الصادر بالرغم من توافر سبب من أسباب عدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى القضائية** – صادرا من محكمة النقض ، فإنه

---

[١] فى دراسة نظام عدم صلاحية القاضى العام فى الدولة لنظر الدعوى القضائية المعروضة عليه ، أنظر فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٢ – ١٩٨٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ١١٤ ومايليه ص ٢١٢ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية والتجارية – ط١٤ – ١٩٨٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٥٣ ومايليه ص ٦٧ ومابعدها ، محمود محمد هاشم – قانون القضاء المدنى – ط٢ – ١٩٩١ – المكتبة القانونية – ص ١٤٣ ومابعدها ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة لمشار إليها – بند ٢٤٣ ومايليه ص ٢٣٧ ومابعدها .

يجوز الطعن فيه بالبطلان أمام محكمة النقض ، للمطالبة بإلغائه ، وإعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى " **المادة (٢/١٤٧) من قانون المرافعات المصرى** " ، خلافا للقاعدة العامة التى تقررعدم جواز الطعن فى الأحكام القضائية الصادرة من محكمة النقض .

وقد وردت أسباب عدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى القضائية على سبيل الحصر فى المادة (١٤٦) من قانون المرافعات المصرى ، وغيرها . ومن ثم ، فإنه لايجوز التوسع فى تفسيرها ، أو القياس عليها ، **وهذه الأسباب هى :**

السبب الأول :

إذا كان القاضى قريبا ، أو صهرا لأحد الخصوم فى الدعوى القضائية إلى الدرجة الرابعة :

يكون القاضى ممنوعا من سماع الدعوى القضائية التى يكون أحد أطرافها قريبا له ، لاحتمال أن يتأثر بمشاكل أقربائه ، ومنازعاتهم مع الغير الأمر الذى يجعله يميل إلى جانب قريبه فى الخصومة القضائية ، فيخرج عن حياده ، واستقلاله بسبب هذه القرابة .

ويستوى فى قرابة القاضى لأحد الخصوم فى الدعوى القضائية أن تكون قرابة دم ، أو قرابة مصاهرة .

ويكون القاضى غير صالح لنظر الدعوى القضائية ولو بعد انحلال الزواج الذى نتجت عنه المصاهرة .

كما يقوم هذا السبب ، ولو كان القاضى قريبا للخصمين معا فى الدعوى القضائية .

السبب الثانى :

إذا كان للقاضى ، أو لزوجته خصومة قضائية قائمة مع أحد

الخصوم فى الدعوى القضائية ، أو مع زوجته :

ويرجع سبب عدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى القضائية فى هذه الحالة إلى ماتثيره تلك الخصومة القضائية فى نفسية القاضى من عداوة وكراهية لأحد الخصوم ، تجعله غير صالح لنظر الدعوى القضائية ، ويشترط فى هذه الخصومة القضائية أن تكون سابقة على رفع الدعوى القضائية التى ينظرها القاضى ، والتى يكون خصمه السابق طرفا فيها ، وأن تظل الخصومة القضائية قائمة بالفعل قبل رفع الدعوى القضائية .

وإن كان هناك من يرى أن سبب عدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى **القضائية يكون قائما ، ولو انتهت الخصومة القضائية فعلا قبل إقامة الدعوى القضائية ، لأن العلة – وهى الكراهية – لاتزال قائمة ، خاصة إذا كان القاضى ، أو زوجته هو الذى خسر الدعوى القضائية .**

فإذا نشأت الخصومة القضائية بعد رفع الدعوى القضائية ، فإنها لاتؤدى إلى عدم صلاحية القاضى لنظرها ، حتى لايتعمد الخصوم افتعال الخصومات القضائية مع القاضى ، لمنعه من نظر الدعوى القضائية .

ويأخذ معنى الخصومة القضائية فى الفرض المتقدم :

الشكاوى المتبادلة بين القاضى ، وخصمه ، أو الإجراءات القانونية الأخرى بينهما .

ولايشترط أن تأخذ الخصومة القضائية المعنى الإصطلاحى ، وهو طرح الخصومة إلى القضاء ، لأن النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ذكره قد اكتفى بذكر خصومة قائمة ، ولم يقل بخصومة أمام القضاء ، كما نص فى الأسباب الأخرى .

السبب الثالث :

إذا كان القاضى وكيلا لأحد الخصوم فى أعماله الخصوصية ، أو وصيا عليه ، أو قيما ، أو مظنونة وراثته له ، أو كانت

له صـــلة قرابة ، أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصى أحـــد الخصـــوم ، أو بالقيم عليه ، أو بأحد أعضـــاء مجلس إدارة الشركة المختصـــــمة ، أو بأحد مديريها ، وكان لهذا العضـــو ، أو المدير مصلحـــة شخصــــية فى الدعـــوى القضائـــية :

ويجب أن تكون وكالة القاضى ، أو وصايته ، أو قوامته لأحد الخصوم قائمـة بالفعل وقت رفع الدعوى القضائية .

فإذا كانت هذه الصلة قد انقضت قبل رفع الدعوى القضائية ، فإنـــها لاتمنـــع القاضى من نظرها ، ولكن يعتد بهذه الصلة ، ولو نشأت بعد رفـــع الدعـــوى القضائية .

مع مراعاة أن وكالة محامى أحد الخصوم عن القاضى لاتجعله غير صـــالح لنظر الدعوى القضائية .

ويقصد بمظنة الإرث :

أن تكون بين القـــاضى ، وأحـــد الخصـــوم فـــى الدعوى القضائية صلة قرابة أبعد من الدرجة الرابعة ، تجعل القاضى وارثـا محتملا للخصم .

ويتحقق هذا السبب ولو وجد من يحجب القاضى ، أو يحرمه من المـــيراث لاحتمال زوال سبب الحجب ، أو الحرمان قبل وفاة الخصـــم فـــى الدعـــوى القضائية .

مع مراعاة أن هذا السبب لايتحقق فى حالـــة مظنـــة إرث أحـــد الخصـــوم للقاضى .

ويكون القاضى غير صالح لنظر الدعوى القضائية كذلك إذا كانت له صلـــة قرابة ، أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصى أحد الخصوم ، أو بـــالقيم عليـــه ويعتد بهذه الصلة ، ولو نشأت بعد رفع الدعوى القضائية .

وكذلك إذا كان للقاضى علاقة قرابة ، أو مصاهرة للدرجة الرابعة بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصمة ، أو بأحد مديريها ، وكان لهذا العضو ، أو المدير مصلحة شخصية فى الدعوى القضائية .

السبب الرابع :

إذا كان للقاضى ، أو لزوجته ، أو لأحد أقاربه ، أو أصهاره على عمود النسب ، أو لمن يكون هو وكيلا عنه ، أو وصيا ، أو قيما عليه مصلحة فى الدعوى القضائية القائمة :

يقصد بالمصلحة فى الدعوى القضائية :

أن يوجد هؤلاء الأشخاص فى مركز قانونى يتأثر بالحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية .

ويستوى أن تكون هذه المصلحة قانونية ، أو اقتصادية ، أو أدبية ، كما لو كانوا مساهمين فى الشركة المختصمة فى الدعوى القضائية .

ولايشترط فى الأقارب ، والأصهار أن يكونوا خصوما فى الدعوى القضائية المطروحة على القاضى ، لأن ذلك الفرض عالجته المادة (١٤٦) من قانون المرافعات المصرى فى موضع آخر ، وإنما يكفى أن يعود عليهم الحكم القضائى بمنفعة ما .

السبب الخامس :

إذا كان القاضى قد أفتى ، أو ترافع عن أحد الخصوم فى الدعوى القضائية ، أو كتب فيها ، ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء ، أو كان قد سبق له نظرها - قاضيا ، أو خبيرا ، أو محكما - أو كان قد أدى شهادة فيها :

يرجع سبب منع القاضى من نظر الدعوى القضائية فى هذه الحالة إلى سبق إبدائه رأيا فيها فى وقت سابق على نظرها ، الأمر الذى يجعله يحيد

عن العدالة ، لتكوينه رأيا مسبقا عنها ، بعيدا عما يطرحه عليه الخصوم من أدلة ، ودفاع .

كما أن هذا العلم المسبق يعتبر مصادرة لحق الخصوم فى مناقشة الأدلة التى تطرح فى الدعوى القضائية ، والتى يجب أن يستقى منها فقط القاضى معلوماته ، إعمالا لمبدأ حياد القاضى ، وتطبيقا لقاعدة امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى .

فيمتنع على القاضى الذى نظر القضية فى أول درجة أن ينظرها أمام المحكمة الإستئنافية ، سواء كان رئيسا للدائرة التى تنظرها فى الإستئناف ، أو كان عضوا بها .

ولايتحقق هذا الفرض إذا كان القاضى قد سبق له أن أصدر فى الدعوى القضائية أحكاما قضائية وقتية ، أو لاتتعلق بموضوع الدعوى القضائية ، ولو شف ذلك عن اتجاهه نحو الفصل فى موضوع الدعوى القضائية ، لأن هذه الأحكام القضائية لاتقيد القاضى عند نظره لموضوع النزاع .

كما أن القاضى قد يسبق له نظر الدعوى القضائية ، ومع ذلك لايكون ممنوعا من سماعها ، إذا نص القانون الوضعى المصرى على أن الطعن فى الحكم القضائى يقدم إلى نفس القاضى الذى أصدره ، كما هو الحال بالنسبة للطعن بالمعارضة فى الحكم القضائى الغيابى ، والطعن بالتماس إعادة النظر

السبب السادس :

إذا رفع القاضى دعوى تعويض على طالب الرد ، أو قدم ضده بلاغا لجهة الإختصاص :

إذا رفع القاضى دعوى تعويض على طالب الرد ، أو قدم ضده بلاغا لجهة الإختصاص ، فإنه لايكون صالحا للحكم فى الدعوى القضائية ، ويتعين عليه أن يتنحى عن نظرها " **المادة (١٦٥) من قانون المرافعات المصرى** "

السبب السابع :

يكون القاضى غير صالح لنظر الدعوى القضائية من تاريخ الحكم القضائى الصادر بجواز قبول مخاصمته " المادة (٤٩٨) من قانون المرافعات المصرى " .

والسبب الثامن ، والأخير :

وجود قرابة ، أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة بدخول الغاية بين أعضاء الدائرة الواحدة ، أو بين القاضى وممثل النيابة العامة ، أو بين القاضى ، وممثل الخصم فى الدعوى القضائية " المادة (٧٥) من قانون السلطة القضائية المصرى " :

لما يترتب على هذه القرابة من تأثير على القاضى فى تكوين رأيه فى الدعوى القضائية ، بالنسبة للحالتين الأولى ، والثانية " **وجود قرابة ، أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة بدخول الغاية بين أعضاء الدائرة الواحدة ، أو بين القاضى ، وممثل النيابة العامة** " ، وضمان حياد القاضى بالنسبة للحالة الثالثة " وجود قرابة ، أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة بدخول الغاية بين **القاضى ، وممثل الخصم فى الدعوى القضائية** " .

ولسد باب التحايل أمام الخصوم فى الدعوى القضائية ، فإنه لايعتد بتوكيل المحامى الذى تربطه صلة قرابة ، أو مصاهرة بالقاضى الذى ينظر الدعوى القضائية ، إذا كانت الوكالة لاحقة لقيام القاضى بنظرها " **المادة (٧٥) من قانون السلطة القضائية المصرى** " .

رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية [١] :

إلى جانب أسباب عدم الصلاحية التى تجعل القاضى غير صالح لنظر الدعوى القضائية بصفة مطلقة ، وبقوة القانون الوضعى ، فإنه توجد أسبابا أخرى أدنى قوة ، وأقل تأثيرا على حياد القاضى ، توجب عليه أن يتنحى من تلقاء نفسه عن نظر الدعوى القضائية . فإن لم يفعل ، فإنه يجوز للخصوم فى الدعوى القضائية أن يردوه عن نظرها .

مع مراعاة أنه إذا لم يتنح القاضى ، ولم يرده أحد من الخصوم عن نظر الدعوى القضائية ، واستمر فى نظرها **بالرغم من توافر سبب من أسباب رده عن نظرها** – فإن الحكم القضائى الصادر فيها عندئذ يكون صحيحا ولايجوز الطعن فيه لهذا السبب .

وقد وردت أسباب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية فى المادة (١٤٨) من قانون المرافعات المصرى على سبيل الحصر ، إلا أن السبب الأخير منها قد ورد بصيغة عامة ، بحيث يمكن أن يندرج فى مضمونه العديد من الصور .

وأسباب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية هى :

السبب الأول :

إذا كان للقاضى ، أو لزوجته دعوى قضائية مماثلة

---

[١] فى دراسة نظام رد القاضى العام فى الدولة عن نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٢ – ١٩٨٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ١١٤ ومايليه ص ٢١٢ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية والتجارية – ط١٤ – ١٩٨٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٥٣ ومايليه ص ٦٧ ومابعدها ، محمود محمد هاشم – قانون القضاء المدنى – ط٢ – ١٩٩١ – المكتبة القانونية – ص ١٤٣ ومابعدها ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٢٤٣ ومايليه ص ٢٣٧ ومابعدها .

للدعـــوى القضــــائية التى ينظرهــــا :

ولايقصد بالتماثل بين الدعويين القضائيتين التطابق التام بينـــهما ، بـل يكفى أن تكون وقائعهما متشابهة ، أو أن تثير دعوى القـــاضى ، أو زوجتـــه نفس المبادئ القانونية التى تثيرها الدعوى القضائية المطلوب رده عن نظرهـا وعلة ذلك ، هى الخوف من أن يميل القاضى إلى الحـــل الـــذى يتفــق مـــع مصلحته ، أو مصلحة زوجته .

ويشترط أن تكون دعوى القاضى ، أو دعوى زوجته سابقة على رفـــع الدعوى القضائية المعروضة عليه ، وأن تكون مازالت قائمة .

أما إذا كانت قد انتهت ، بصدور حكم قضائى فى موضوعها ، أو فى شـكلها وكان حكما قضائيا باتا ، يحول دون عرض النزاع على القضاء مرة أخـــرى فإنه لايجوز الرد لهذا السبب .

السبب الثانى :

إذا وجدت للقاضـــى ، أو لزوجتـــه خصومـــة مـــع أحـــد الخصوم فى الدعوى القضائية ، أو زوجته ، بعد قيام الدعـــوى القضائيـــة المطروحة عليه ، مالم تكن هذه الدعـــوى قد أقيمت بقصد رده عن نظـــر الدعـــوى القضائية المطروحة عليه :

ويشترط فى هذه الخصومة أن تكون لاحقة على رفع الدعوى القضائيـــة المطلوب رده عن نظرها ، لأنه إذا كانت سابقة على رفعها ، فإن ذلك يكـــون من أسباب عدم صلاحيته لنظرها .

كما يجب أن تكون خصومة قضائية حقيقية ، فلايكفـــــى مجـــرد الشـــكاوى الإدارية ، أو المنازعات غير الجدية ، والتى لم يرفع بها دعوى أمام القضـــاء وألا تكون مفتعلة ، أى الغرض منها هو رد القاضى عــــن نظـــر الدعـــوى القضائية المطروحة عليه .

السبب الثالث :

إذا كان لمطلقة القاضى التى لـــه منـــها ولـــدا ، أو لأحـــد أقـــاربه ، أو أصهاره على عمود النسب خصومـــة قائمـــة أمـــام القضـــاء مع أحد الخصوم فى الدعـــوى القضائية ، أو مع زوجته ، مالم تكـــن هـــذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى القضائية المطروحة علـــى القـــاضى بقصد رده :

ويستوى أن تكون الخصومة القضائية قد وجدت قبل رفـــع الدعـــوى القضائية المطروحة على القاضى ، أو بعدها ، بشرط ألا يكون الغرض مـــن رفعها هو رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه .

السبب الرابع :

إذا كان أحد الخصـــوم فى الدعوى القضائية خادما للقـــاضى أو إذا كان القاضى قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم فى الدعوى القضائيـــة ، أو مساكنته ، أو كان قد تلقى منه هدية ، قبل رفـــع الدعـــوى القضائيـــة ، أو بعدها :

والمقصود بخادم القاضى :

الشخص الذى تربطـــه بالقـــاضى علاقـــة تبعية ، كالوكيل ، والسكرتير ، والسائق ، ويخرج عن معنى الخادم المزارع والمستأجر .

واعتياد المؤاكلة يعنى :

تناول القاضى الطعام بصفة مستمرة مع أحـــد الخصوم فى الدعوى القضائية سواء كان ذلك فى منزل القاضى ، أو فـــى منزل الخصم فى الدعوى القضائية أو فى أى مكان آخر .

ولايتوافر هذا السبب إذا كان القاضى يتناول الطعام عادة على مائدة شـــخص آخر مع أحد الخصوم فى الدعوى القضائية .

وإن كان هناك من فقه القانون الوضعى من يرى توافره فى هـذه الحالـة ، لأن العبرة هى باعتياد المؤاكلة فى الطعام ، ولو على مائدة الغـير ، والتـى تكشف عن عمق الصداقة ، والتآلف بين القاضى ، والخصـم فـى الدعـوى القضائية .

أما مساكنة القاضى لأحد الخصوم فى الدعـوى القضائيـة كسبب لرده عن نظرها :

فإنه يتحقق من خلال اشتراك القاضى مع الخصـم فى الدعوى القضائية فى مسكن واحد .

أما إذا كان كل منهما يسكن فى شقة مستقلة ، ولو فى عمارة واحـدة ، فـإن المساكنة لاتتحقق .

ولايشترط فى الهدية المقدمة للقاضى من أحد الخصوم فـى الدعـوى القضائية أن تقدم إليه مباشرة من الخصم فى الدعوى القضائية ، أو أن تشـكل الواقعة جريمة رشوة -- **وفقا للقسم الخاص من قانون العقوبـات المصـرى** ويجب أن تكون الهدية المقدمة للقاضى من أحـد الخصـوم فـى الدعـوى القضائية ذات قيمة حقيقية ، وأن يكون القاضى قد قبلها .

والسبب الخامس ، والأخير :

إذا كان بين القاضى ، وأحد الخصـوم فـى الدعوى القضـائية عداوة ، أو مودة يرجـح معها عـدم استطاعته الحكـم بغير ميل :

وهذا السبب من العموم بحيث يشمل جميع الصور ، والحالات التى لـم يشر إليها نص المادة (١٤٨) من قانون المرافعـات المصـرى صراحـة والتى يرجح معها عدم استطاعة القاضى الفصـل فـى الدعـوى القضائيـة المطروحة عليه ، للفصل فيها بغير تحيز ، أو ميل لأحد الخصوم فيها .

ولايشترط أن تكون المودة التى بين القاضى ، وأحد الخصوم فى الدعوى القضائية متينة ، أو أن تكون العداوة بغيضة ، وتتمخض عن دعوى أمام القضاء .

إلا أنه يجب أن تكون العداوة التى بين القاضى ، وأحد الخصوم فى الدعوى القضائية شخصية ، فلايكفى مجرد الإختلاف فى الآراء السياسية والمعتقدات الفكرية .

كما يجب أن تكون العداوة ، أو المودة التى بين القاضى ، وأحد الخصوم فى **الدعوى القضائية** سابقة على رفع الدعوى القضائية ، حتى لايتذرع الخصوم فيها بهذا السبب لرد القاضى عن نظرها .

إجراءات رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه :

أوجبت المادة (١٤٩) من قانون المرافعات المصرى على القاضى إذا علم بقيام سبب من أسباب رده عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه **والواردة فى المادة** (١٤٨) **من قانون المرافعات المصرى** - أن يتنحى من تلقاء نفسه عن نظرها ، ويخبر المحكمة فى غرفة المشورة - **إذا كان مستشارا بمحاكم الإستئناف ، أو بمحكمة النقض** - أو يخبر رئيس المحكمة الإبتدائية - **إذا كان قاضيا** - بسبب الرد ، لكى تأذن له بالتنحى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه .

ويجب أن يثبت ذلك فى محضر خاص يحفظ بالمحكمة ، وبعد وقوف رئيس المحكمة الإبتدائية ، أو غرفة المشورة **بحسب الأحوال** - على سبب تنحى القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه ، وإصرار القاضى عليه يأذن له بتنحيه عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه ، لأن الأمر يتوقف على رغبة القاضى ، وأن مجرد عرض أمر تنحى القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه على رئيس المحكمة ، أو غرفة المشورة يكون ضمانا كافيا ، حتى لايتخذ القضاة من وجود أسباب ردهم عن نظر

الدعاوى القضائية المطروحة عليهم ذريعة للتهرب من الفصل فـــى قضايـا معينة .

ميعاد تقديم طلب رد القاضىعن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه :

يجب على الخصم فى الدعوى القضائية أن يقدم طلب رد القاضى عـــن نظرها قبل تقديم أى دفع ، أو دفاع فيها ، وإلا سقط الحق فى تقديمه " **المـادة (١/١٥١) من قانون المرافعات المصرى** " .

كما لايقبل طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائيـــة المطروحـة عليه بعد إقفال باب المرافعة فيها ، ولاممن سبق له طلب رد نفس القـــاضى فى ذات الدعوى القضائية .

ولايترتب على تقديم طلب رد القاضى عن نظـــر الدعـــوى القضائيـة المطروحة عليه وقف الدعوى القضائية المنصوص عليه فى المـادة (١٦٢) من قانون المرافعات المصرى " **المادة (١٥٢ /١) من قانون المرافعـــات المصرى ، والمعدلة بالقـــانون المصـــرى رقـــم (٢٣) لســنة ١٩٩٢ ، والخاص بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المصرى** " .

ويسقط حق الخصم فى طلب رد القاضى عن نظر الدعـــوى القضائيـة المطروحة عليه إذا لم يحصل التقرير به قبل إقفال باب المرافعة فى طلب رد سابقا ، يكون مقدما فى الدعوى القضائية ، أخطر بالجلسة المحـــددة لنظـــره متى كانت أسباب الرد قائمة حتى إقفال باب المرافعة فى الدعوى القضائيـــة " **الفقرة الأخيرة من المادة (٢/١٥٢) ، والمضافـــة بالقـــانون الوضعـى المصرى رقم (٩٥) لسنة ١٩٧٦** " .

وإذا كان طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليـه يراد تقديمه من الخصم فيها فى حق قاضي منتدب للقيـــام بـأحد إجـــراءات الإثبات فيها ، فإنه يجب تقديمه خلال ثلاثة أيام من تاريخ ندبــــه ، إذا كـــان

قرار الندب صادرا فى حضور الخصم طالب الرد . فإن كان صادرا فى غيبته فإن الأيام الثلاثة المذكورة تبدأ من يوم إعلانه به " **المادة (٢/١٥١) من قانون المرافعات المصرى** " .

ويجوز تقديم طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه إذا حدثت أسبابه بعد المواعيد المقررة ، أو إذ أثبت الخصم طالب الرد أنه لم يكن يعلم بها إلا بعد مضى تلك المواعيد " المادة (٣/١٥١) من **قانون المرافعات المصرى ، والمعدلة بالقانون الوضعى المصرى رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٢ ، والخاص بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المصرى** " .

الشكل الذى يجب أن يقدم فيه طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه :

يقدم طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه بتقرير يكتب بقلم كتاب المحكمة التى يتبعها القاضى المطلوب رده عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه ، يوقعه الطالب نفسه ، أو وكيله المفوض فى ذلك بتوكيل خاص يرفق بالتقرير .

ويجب أن يشتمل طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه على أسبابه ، وأن يرفق به الأوراق ، والمستندات المؤيدة له " **المادة (١/١٥٣) من قانون المرافعات المصرى** " .

وعلى الخصم الذى يطلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه أن يودع عند التقرير بالرد ثلاثمائة جنيه على سبيل الكفالة " المادة (٢/١٥٣) من قانون المرافعات المصرى ، **والمعدلة بالقانون الوضعى المصرى رقم (١٨) لسنة (١٩٩٩) ، والخاص بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، وقانون الإثبات فى المواد**

المدنية والتجارية ، وقانون الرسوم القضائية ، ورسوم التوثيق فى المواد المدنية "

المحكمة المختصة بالفصل فى طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه :

تختص المحكمة التابع لها القاضى المطلوب رده عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه بالفصل فى طلب الرد ، بشرط ألا يكون القاضى المطلوب رده عضوا فى الدائرة التى تنظر طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه .

ولايجوز طلب رد جميع قضاة ، أو مستشارى المحكمة ، أو بعضهم بحيث لايبقى من عددهم من يكفى للحكم فى الدعوى القضائية الأصلية ، أو طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه " **المادة (١٦٤) من قانون المرافعات المصرى ، والمعدلة بالقانون الوضعى المصرى رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٢ ، والخاص بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المصرى** " .

وتختص بنظر طلب رد أحد القضاة بالمحاكم الجزئية ، أو الإبتدائية عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه إحدى دوائر محكمة الإستئناف التى تقع فى دائرة اختصاصها القضائى المحكمة الإبتدائية التى يتبعها القاضى المطلوب رده عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه " **المادة (١٥٣/ ٣) من قانون المرافعات المصرى** " .

وتختص بنظر طلب رد المستشار بمحكمة الإستئناف ، أو بمحكمة النقض دائرة بمحكمة الإستئناف ، أو بمحكمة النقض – **حسب الأحوال** – غير الدائرة التى يكون المطلوب رده عضوا فيها " **المادة (٤/١٥٣) من قانون المرافعات المصرى** " .

وإذا كان الرد واقعا فى حق قاض جلس لأول مـرة لسـماع الدعـوى القضائية بحضور الخصم فيها ، فإنه يجوز الرد بمذكرة تسلم لكاتب الجلسـة **" المادة (١/١٥٤) من قانون المرافعات المصرى "** .

وعلى الخصم الذى يطلب رد القاضى عن نظـر الدعـوى القضائيـة المطروحة عليه أن يؤيد طلبه بالرد بتقرير يقدمه إلى قلـم كتـاب المحكمـة المختصة فى اليوم نفسه ، أو فى اليوم التالى ، وإلا سقط الحق فيه **" المـادة (٢/١٥٤) من قانون المرافعات المصرى "** .

ويجب على قلم كتاب المحكمة المختصة أن يحدد جلسة لنظر طلـب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه ، **فى موعـد لايجـاوز** سبعة أيام من تاريخ تقديمه إليه .

ويوقع الخصم الذى طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحـة عليه بما يفيد علمه بالجلسة **" المادة (٢/١٥٣) مـن قـانون المرافعـات المصرى ، والمعدلة بالقـانون الوضعـى المصـرى رقـم (١٨) لسـنة (١٩٩٩) ، والخاص بتعديل بعض أحكـام قـانون المرافعـات المدنيـة والتجارية ، وقانون الإثبات فى المـواد المدنيـة ، والتجاريـة ، وقـانون الرسوم القضائية ، ورسوم التوثيق فى المواد المدنية "** .

كما يجب على قلم كتاب المحكمة المختصة أن يرفع تقرير رد القـاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه إلى رئيسها ، مرفقـا بـه بيانـا بما قدم من طلبات رد فى الدعوى القضائية ، ومـاتم فيـها ، خـلال أربـع وعشرين ساعة .

وعلى الرئيس أن يطلع القاضى المطلـوب رده عـن نظـر الدعـوى القضائية المطروحة عليه على التقرير فورا ، وأن يرسل صورة منـه إلـى النيابة العامة **" المادة (١٥٥) من قانون المرافعات المصرى ، والمعدلـة بالقانون الوضعى المصرى رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٢ ، والخـاص بتعديـل بعض أحكام قانون المرافعات المصرى "** .

الأثر المترتب على تقديم طلب رد القاضي عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه :

كانت المادة (١٦٢) من قانون المرافعات المصرى ، وقبل تعديلها بالقانون الوضعى المصرى رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٢ ، والخاص بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المصرى ترتب على تقديم الخصم فى الدعوى القضائية طلبا برد القاضى عن نظرها وقفها ، إلى أن يحكم فيه نهائيا ، وكان هذا الأثر المترتب على تقديم طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه وجوبيا ، يتم بقوة القانون الوضعى المصرى .

فإذا صدر حكما قضائيا ، أو اتخذ أى اجراء أثناء فترة وقف الدعوى القضائية المطلوب رد القاضى عن نظرها ، فإنه يكون باطلا .

وكان يجوز للمحكمة فى حالة الإستعجال - **وبناء على طلب الخصم الآخر** - أن تندب قاضيا بدلا من القاضى الذى طلب الخصم فى الدعوى القضائية رده عن نظرها .

كما كان يجوز لها طلب ندب قاضي ، بدلا من القاضى الذى طلب الخصم فى الدعوى القضائية رده عن نظرها ، إذا صدر الحكم القضائى الإبتدائى برفض طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه ، وطعن فيه بالإستئناف .

وقد اضطر المشرع الوضعى المصرى إلى تعديل نص المادة (١٦٢) من قانون المرافعات المصرى ، بمقتضى القانون الوضعى المصرى رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٢ ، والخاص بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المصرى ، للحد من اساءة استعمال حق رد القضاة عن نظر الدعاوى القضائية المعروضة عليهم ، حيث لوحظ فى شأنه فى الفترة الأخيرة إساءة استخدامه بغير مبرر يقتضيه ، كوسيلة لإطالة أمد الفصل فى الدعاوى

القضائية . لذا ، فقد نصت المادة (١٦٢) من قانون المرافعات المصرى بعد تعديلها على أنه :

" **يترتب على تقديم طلب الرد وقف الدعوى الأصلية إلى أن يحكم فيه . ومع ذلك ، يجوز لرئيس المحكمة المختصة ندب قاض بدلا ممن طلب رده** " .

ومن ثم ، فإنه يجوز لرئيس المحكمة – **وفى غير حالات الإستعجال** – أن يندب قاضيا آخر بدلا من القاضى الذى طلب الخصم فى الدعوى القضائية رده عن نظرها ، ليفصل فى الدعوى القضائية الأصلية ، دون انتظار مايسفر عنه الفصل فى طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه .

إجابة القاضى على طلب رده عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه :

بعد أن يطلع القاضى المطلوب رده عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه على تقرير الرد من خلال رئيس المحكمة المختصة بنظر طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه ، فإنه يجب عليه أن يجيب بالكتابة على وقائع الرد ، وأسبابه ، خلال الأربعة أيام التالية لاطلاعه على تقرير الرد " **المادة (١/١٥٦) من قانون المرافعات المصرى** " .

وموقف القاضى من طلب رده عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه لايخرج عن الفروض الثلاثة الآتية :

الفرض الأول :

أن يعترف القاضى بوجود سبب لرده عن نظر الدعوى

القضائية المطروحة عليه :

وعندئذ ، يصدر رئيس المحكمة المختصة بنظر طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه أمرا بتنحيه عن نظرها " المادة (٢/١٥٦) من قانون المرافعات المصرى " .

الفرض الثانى :

أن يمتنع القاضى المطلوب رده عن نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه عن الرد على تقرير الرد فى الميعاد " خلال الأربعة أيام التالية لاطلاعه على تقرير الرد " ، ويقدر رئيس المحكمة المختصة كفاية أسباب الرد ، واستنادها على أسباب قانونية تصلح قانونا لرد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه :

فإنه يصدر أمرا بتنحى القاضى عن نظر الدعوى القضائية " المادة (٢/١٥٦) من قانون المرافعات المصرى " .

أما إذا رأى رئيس المحكمة المختصة بنظر طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه أن أسباب رد القاضى عن نظرها غير قانونية ، فإنه لايصدر أمرا بتنحى القاضى عن نظرها ، وتسير إجراءات الفصل فى طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه وفقا لما رسمه القانون الوضعى المصرى فى هذا الشأن .

والفرض الثالث :

أن ينكر القاضى المطلوب رده عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه وجود سببا قانونيا لرده ، ويفند الأسباب التى أوردها الخصم الذى طلب رده :

فإن اجراءات الفصل فى طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه سوف تسير عندئذ وفقا لما رسمه القانون الوضعى المصرى فى هذا الشأن .

أما إذا كان القاضى المطلـــوب رده عــن نظـر الدعـوى القضائيـة المعروضة عليه منتدبا من محكمة أخرى ، فإنه يجب على رئيس المحكمـة المختصة أن يأمر بإرسال تقرير رد القاضى عن نظـر الدعـوى القضائيـة المعروضة عليه ، مرفقا بها الأوراق ، والمستندات المؤيدة له إلى المحكمـة التى يتبعها القاضى المطلوب رده عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه لتطلعه عليها ، وتتلقى جوابا عنها ، ثم تعيدها إلى المحكمة الأولى ، لتتبع فـى شأنه الأحكام المقررة قانونا فى هذا الشأن " **المـادة (١٥٨) مـن قـانون المرافعات المصرى** " .

تحقيق طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضـائية المطروحـة عليه ، والفصل فيه :

إذا لم يجب القاضى المطلوب رده عـن نظـر الدعـوى القضائيـة المعروضة عليه على طلب رده ، ولم يقتنع رئيس المحكمة المختصة بنظـر طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه بأسبابه ، أو إذا رد القاضى المطلوب رده عن نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه علـى طلب رده مفندا أسبابه ، أو أنكر وجود أى سبب لرده عـن نظـر الدعـوى القضائية المعروضة عليه ، فإنه يجب علـى رئيـس المحكمـة الإبتدائيـة المختصة أن يقوم بإرسال الأوراق إلى رئيس محكمة الإستئناف المختصة فى اليوم التالى لانقضاء الميعاد " **المادة (١/١٥٧) مـن قـانون المرافعـات المصرى** " ، وإن كان هذا الميعاد تنظيميا ، لايترتب على مخالفته ثمة بطلان ويتولى رئيس المحكمة المختصة بنظر طلب رد القاضى عن نظر الدعـوى القضائية المطروحة عليه - **وفقا للفقرتين الثالثة ، والرابعـة مـن المـادة (١٥٣) من قانون المرافعات المصرى** - تعيين الدائرة التى تنظـر طلـب الرد ، وتحديد الجلسة التى ينظر فيـها " **المـادة (١/١٥٧) مـن قـانون المرافعات المصرى** " ، وبعد ذلك ، يقوم قلم كتاب المحكمة المختصة بنظـر

طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه باخطار باقى الخصوم فى الدعوى القضائية الأصلية بالجلسة المحددة لنظر طلب الرد لتقديم مايكون لديهم من طلبات رد ، وفقا للفقرة الأخيرة من المادة (١٥٢) من قانون المرافعات المصرى ، والمضافة بالقانون الوضعى المصرى رقم (٩٥) لسنة ١٩٧٦ " **المادة (١/١٥٧) من قانون المرافعات المصرى** " .

وتقوم الدائرة التى تنظر طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه بتحقيقه فى غرفة المشورة ، ثم تحكم فيه فى موعد لايجاوز شهرا من تاريخ التقرير بالرد ، بعد سماع أقوال الخصم الذى طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه ، وملاحظات القاضى المطلوب رده – **عند الإقتضاء** – أو إذا طلب ذلك ، وممثل النيابة العامة – **إذا تدخلت فى الدعوى القضائية** – " **المادة (١/١٥٧) من قانون المرافعات المصرى ، والمعدلة بالقانون الوضعى المصرى رقم (١٨) لسنة (١٩٩٩) والخاص بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وقانون الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية ، وقانون الرسوم القضائية ، ورسوم التوثيق فى المواد المدنية** " .

ولايجوز فى تحقيق طلب الرد إستجواب القاضى ، ولاتوجيه اليمين إليه ، حفاظا على كرامة القاضى " **المادة (١/١٥٧) من قانون المرافعات المصرى** " .

ويجب أن يصدر الحكم القضائى فى طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه مع أسبابه فى جلسة علنية " **المادة (١/١٥٧) من قانون المرافعات المصرى** " .

ولايقبل طلب رد أحد مستشارى المحكمة التى تنظر طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه ، ولايترتب على تقديمه وقف نظر طلب الرد " **المادة (١٥٧ /٢) من قانون المرافعات المصرى** " .

وإذا حكم برفض طلب الرد ، أو سقوط الحق فيه ، أو عدم قبوله ، أو إثبات التنازل عنه ، فإنه يجب عليها أن تحكم على الخصم الذى طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه بغرامة لاتقل عن مائتى جنيه ولاتزيد على ألفى جنيه ، ومصادرة الكفالة .

وفى حالة ماإذا كان رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه مبنيا على الوجه الرابع من المادة (١٤٨) من قانون المرافعات المصرى " **إذا كان بين القاضى ، وبين أحد الخصوم فى الدعوى القضائية عداوة ، أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل** " ، فإنه يجوز عندئذ زيادة الغرامة إلى ثلاثة آلاف جنيه " **المادة (١/١٥٩) من قانون المرافعات المصرى ، والمعدلة بالقانون الوضعى المصرى رقم (١٨) لسنة (١٩٩٩) ، والخاص بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وقانون الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية ، وقانون الرسوم القضائية ، ورسوم التوثيق فى المواد المدنية** " .

وفى جميع الأحوال ، تتعدد الغرامة بتعدد القضاة المطلوب ردهم ، ويعفى الخصم الذى طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه من الغرامة فى حالة التنازل عن الطلب فى الجلسة الأولى المحددة لنظره ، أو إذا كان التنازل بسبب تنحى القاضى المطلوب رده عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه ، أو نقله ، أو انتهاء خدمته " **المادة (٢/١٥٩) من قانون المرافعات المصرى** " .

عدم جواز استئناف الحكم القضائى الصادر فى طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه :

كانت المادة (١٦٠) من قانون المرافعات المصرى تجيز للخصم الذى طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه استئناف الحكم القضائى الصادر فى طلبه برد قاضى محكمة المواد الجزئية ، أو قضاة

المحكمة الإبتدائية ، ولو كان موضوع الدعوى القضائية مما يحكم فيه نهائيا إلا أن القانون الوضعى المصرى رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٢ قد جعل نظر طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه على درجة واحدة ، بعد أن كان ينظر على درجتين ، وبمقتضى هذا التعديل فقد ألغيت المادتين (١٦٠) ، (١٦١) من قانون المرافعات المصرى ، وأصبحت محكمة الإستئناف تختص بنظر طلب رد قضاة المحاكم الجزئية ، والإبتدائية الواقعة فى دائرة اختصاصها القضائى المحكمة التى يعمل بها القاضى المطلوب رده عن نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه .

تنحى القاضى الجوازى عن نظر الدعوى القضائية الأصلية المطروحة عليه [١] :

فى غير حالات الرد المحددة فى المادة (١٤٨) من قانون المرافعات المصرى قد توجد ظروفا خاصة تحيط بالقاضى ، يرى فيها التنحى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه ، لما يستشعره من حرج بالنسبة لعلاقته بأحد الخصوم فيها ، أو بموضوعها . لذا ، فقد نصت المادة (١٥٠) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" يجوز للقاضى فى غير أحوال الرد المذكورة ، إذا استشعر الحرج من نظر الدعوى لأى سبب ، أن يعرض أمر تنحيته على المحكمة فى غرفة المشورة ، أو على رئيس المحكمة للنظر فى إقراره على التنحى " .

---

[١] فى دراسة نظام تنحية القاضى العام فى الدولة عن نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه ، أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٢ - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١١٤ ومايليه ص ٢١٢ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - ط١٤ - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٥٣ ومايليه ص ٦٧ ومابعدها ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - ط٢ - ١٩٩١ - المكتبة القانونية - ص ١٤٣ ومابعدها ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة لمشار إليها - بند ٢٤٣ ومايليه ص ٢٣٧ ومابعدها .

وإذا لم يتنح القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه ، فإنه لايجوز للخصوم فيها أن يطلبوا رده عن نظرها ، لأن تنحى القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه فى هذه الحالة يكون جوازيا له ومتروكا أمره لضميره ، فلاتثريب عليه إذا اشترك فى إصدار الحكم القضائى فى الدعوى القضائية المطروحة عليه ، ولايجوز للخصوم فيها أن يطعنوا فيه لهذا السبب .

وإذا كان المشرع الوضعى المصرى قد علق رغبة القاضى فى تنحيه عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه على إقرار المحكمة ، أو رئيسها فإن الغرض من ذلك هو عدم استخدام نظام تنحى القاضى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة عليه وسيلة لعدم أداء القاضى لواجبه فى نظر الدعاوى القضائية المطروحة عليه ، أو للهروب من نظر بعض الدعاوى القضائية المعقدة ، والتى يحتاج الفصل فيها إلى مجهود كبير من القاضى الذى ينظرها

الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - تطبق على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بعض القواعد ، والأحكام المطبقة على القضاة - كقواعد الرد ، وعدم الصلاحية :

الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - وضمانا لحياد القاضى العام فى الدولة ، وحماية للمتقاضين ، تجيز للقاضى العام فى الدولة التنحى عن نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه ، إذا توافر فى شخصه إحدى حالات عدم الصلاحية المطلقة - والواردة فى المادة (١٤٦) من قانون المرافعات المصرى .

كما تجيز طلب رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه ، إذا توافر فى شخصه إحدى حالات الرد - والواردة فى المادة (١٤٨) من قانون المرافعات المصرى " **المقابلة للمادة (٣٤١) من مجموعة**

قانون المرافعات المصـــرى " المقابلـة للمـادة (٣٤١) مـن مجموعـة المرافعات الفرنسية " ، وفقا لإجراءات خاصة ، أعدت لهذا الغرض .

والأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتـها - تطبق على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـاق علـى التحكيم بعض القواعد ، والأحكام المطبقة على القضاة - كقواعد الرد وعـدم الصلاحية " المواد (١٠١٤) من مجموعة المرافعات الفرنسـية السـابقة (١٤٦٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحاليـة ، (٣/٥٠٣) مـن نصوص قانون المرافعات المصرى الحالى رقـم (١٣) لسـنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لســنة ١٩٩٤ فـى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجاريـة - (١٨) ، (١٩) ، (٢٠) (٢١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فـى شـأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية "[1] ، نظرا لأن هيئة التحكيم المكلفـة

---

(١) تنص المادة (٣/٥٠٣) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغـاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيـم فى المـواد المدنيـة ، والتجارية - على أنه :

" لايجوز رد المحكمين إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعد إبرام وثيقة التحكيم " .

كما تنص المادة (١/١٨) من قانون التحكم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيـم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" لايجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروفا تثير شكوكا جدية حول حيدته واستقلاله " .

كما تنص ذات المادة فى فقرتها الثانية على أنه :

" لايجوز لأى من طرفى التحكيم رد المحكم الذى عينه ، أو اشترك فى تعيينه إلا لسبب تبينه بعد أن تم هـذا التعيين " .

وقد أحال المشرع الوضعى الفرنسى فى إجراءات رد هيئة التحكيم عن نظر النزاع موضوع الإتفاق علـى التحكيم إلى المادة (١٤٥٧) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، والتى نظمت كيفية التدخل القضـائى فى إجراءات التحكيم - سواء عند تعيين المحكم " وفقا للمادة (١٤٤٤) من مجموعة المرافعات الفرنسـية " ، أو عند مد مهلة التحكيم " وفقا للمادة (١٤٥٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، أو عنـد تكملـة تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - إحتراما لقاعدة وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عند تعددهم " وفقـا

بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تمارس مهمة قضائية .
ولكن - **ونتيجة للأصل الإتفاقى لنظام التحكيم ، وكون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تكون قاضيا مختارا - بحسب الأصل - بمعرفة الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم "** ، فإن نظام رد هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن نظره يكون له جوانب خاصة تختلف عن نظام رد القاضى العام فى الدولة عن نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه - سواء **فى مجال الرد** ، أم فى إجراءاته .

وقد نظم قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية الأحكام الخاصة برد هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن نظره ، إذا قامت ظروفا تثير شكوكا جدية حول حيدته ، أو استقلاله ، وحظر على أى طرف من أطراف التحكيم أن يطلب رد عضو هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الذى اختاره بنفسه ، إلا إذا أثبت وجود أسبابا طرأت بعد تعيينه .

وتتولى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الفصل فى طلب رد أعضائها ، والذى يجب تقديمه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو من تاريخ علمه بمبررات الرد ولايقبل إعادة طلب الرد .

للمادة (١٤٥٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، أو عند رد المحكم عن نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " ، وفقا للمادة (١٤٦٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية " .

وإعمالا لهذه الإحالة ، تنص المادة (١٤٥٧) من مجموعة المرافعات الفرنسية على أنه :

" يختص رئيس المحكمة بالفصل فى مسألة الرد كقاضى للأمور المستعجلة ، بناء على طلب أحد الخصوم بأمر لايقبل الطعن " .

وإذا رفض طلب الرد ، كان لطالبه الطعن في القرار الصادر عندئـــذ أمـــام المحكمة المختصة ، خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلانه برفض طلب الـــرد ولايقبل الحكم القضائى الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى طلب الرد الطعـــن عليـــه بـــأى طريـــق . ولايؤثر طلب الرد ، أو الطعن فى قرار رفضه ، على اســـتمرار إجـــراءات خصومة التحكيم وصدور حكم تحكيم فى النزاع موضـــوع الإتفـــاق علـــى التحكيم .

فإذا صدر قرارا بقبول طلب الرد من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو المحكمة المختصة ، فإن جميع الإجراءات تعتبر كأن لم تكن ، بما فيها حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفـــاق على التحكيم – إذا كان قد صدر .

ولاحتمال تأخير إجراءات خصومة التحكيم بفعل أحـــد أعضـــاء هيئـــة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فقد نصـــت المادة (٢٠) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شـــأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على إنهاء مهمتـــه ، واســـتبداله ، إذا تعذر عليه أداء مهمته ، أو لم يباشرها ، أو انقطع عنها ، ولم يتنـــح ، أو إذا حكم برده ، أو عزله ، أو تنحيته .

ولم يعد للقضاء العام فى الدولة أى اختصاص بشأن الفصل فى طلب رد هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، كمـــا لم تعد نصوص رد القضاة عن نظر الدعاوى القضائية المعروضة عليـــهم – والتى وردت فى قانون المرافعات المصرى – هى التـــى تحكـــم رد هيئـــة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – كما كـــان الأمر فى ظل نصوص قانون المرافعات المصرى ، والتى كانت تنظم التحكيم فى مصر " المواد (٥٠١) – (٥١٣) " – والملغاة بواسطة قانون التحكيم

المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية .

ولم تقرر مجموعة المرافعات الفرنسية - وفى النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم - تنظيما خاصا لرد هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . ولذا ، تسرى عندئذ النصوص القانونية الوضعية التى وردت فيها بشأن رد القضاة عن نظر الدعاوى القضائية المعروضة عليهم ، مع انعقاد الإختصاص بطلب رد هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن نظره لرئيس المحكمة الإبتدائية المختصة ، إعمالا لنص المادة (١٤٦٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية .

أما فيماعدا جزئية الإختصاص بنظر طلب رد هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن نظره ، فإنه تسرى بشأن أسباب ردها ، وإجراءاته نصوص مجموعة المرافعات الفرنسية التى تحكم رد القضاة عن نظر الدعاوى القضائية المعروضة عليهم [١] .

إذ ترد هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن نظره للأسباب ذاتها التى يرد بها القاضى العام فى الدولة عن نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه ، أو يكون بسببها غير صالح لنظرها . فضلا عن أنه يمتنع على أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن يكونوا متخذين سلوكا متعارضا مع مهمتهم التحكيمية - شأنهم فى ذلك شأن القاضى العام فى الدولة .

ومن ثم ، يمتنع على أحد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن يكون شاهدا فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمعروض عليها ، للفصل فيه ، أو أن يكون خصما فيه ،

(١) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٣٧ ص ٧٢ ، ٧٣ .

أو أن يكون له مصلحة فيه على أى وجه كان ، ويلتزم بالواجبات الأساسية للقاضى العام فى الدولة . وأهمها : النزاهة ، والحياد [١] ، [٢] .

السند الخامس :

إطلاق العديد من الأنظمة القانونيـــة الوضعيـــة - وعلـــى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - على أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعـات

---

(١) أنظر : محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ط١ - ١٩٧٦ - منشـأة المعـارف بالأسكندرية - ص ١٠٨ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٦/٢/١٦ - س (٢٧) - ص ١٧٦٦ ، ، ١٩٨٦/٢/٢٦ - فى الطعن رقم (١٨٨٣) - لسـنة (٥٢) ق ، ١٩٨٧/١١/١٩ - فى الطعن رقم (١٤٧٩) - لسنة (٥٣) ق . مشارا لهذه الأحكام القضائية فى : محمود محمد هاشـم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٧٨ ص ٢٢٥ - الهامش رقم (٢) .

(٢) فى دراسة النظام القانونى لرد هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم ، أنظر :

JEAN ROBRET : L'arbitrage . Droit interne . Droit international . 5e edition . Dalloz . P . 123 et s . N . 144 et s ; Repertoire De Droit commercial . Arbitrage commercial . T. 1 . 1988 . N . 157 et s ; EMIL TAYN : Le droit de l'arbitrage . P . 141 et s .

وانظر أيضا : أمينة مصطفى النمر - قوانين المرافعات - الجزء الثالث - بند ٨٦ ص ١٥٣ ، فتحـى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٢ - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقـاهرة - بنـد ٤٤٤ ص ٩٠٥ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشـأة المعارف بالأسكندرية - بند ٦٨ ومايليه ص ١٦٠ ومابعدها ، على عوض حسـن - رد ، ومخاصمـة أعضاء الهيئات القضائية - ط١ - ١٩٨٩ - المكتبة القانونية - - وبصفة خاصة ص ٢٢٢ ومابعدهـا ، عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسـالة المشـار إليـها - ص ٣٤٢ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصـة - الرسالة المشار إليها - ص ٢٣٤ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٢٢٩ ومابعدها .

موضوع اتفاقات التحكيم إصطلاح الحكم ، وعلى هيئـــة التحكيــم المكلفـــة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إصطلاح محكمة التحكيم :

أطلقت العديد من الأنظمة القانونية الوضعية – **وبصفة خاصة ، النظامين المصرى ، والفرنسى** المقارن – على أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعـات موضوع اتفاقات التحكيم إصطلاح الحكم **sentence** .

فقد أطلقت مجموعة المرافعات الفرنسية – **وفى النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم ، سواء فى ذلك التحكيم الداخلى ، أو التحكيــم الدولـــى** – على حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لفظ الحكم **– شأنه فى ذلك شأن الحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولـــة – " كنصوص المـــواد (١٤٤٤) ، (١٤٤٥) ، (١٤٥٢) ، (١٤٥٨) "**

كما أطلق قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيــم فى المواد المدنية ، والتجارية " على حكم التحكيــــم الصــــادر فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لفـــظ الحكـــم " **كنصـــوص المـــواد (٤٤) ، (٤٥) " .**

كما أطلقت العديد من القوانين الوضعية إصطلاح هيئة التحكيم ، أو محكمـــة التحكيم **Tribunal arbitral** على هيئة التحكيم المكلفـــة بـــالفصل فـــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] .

السند السادس :

ظهور نظام التحكيم الإجبارى ، كوســـيلة للفصـــل فـــى منازعات عديدة ، فى الأنظمة القانونية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبـها واتجاهاتها – وهيئات التحكيم الإجبارى المكلفة بالفصل فيها تصدر أعمالا

---

[1] فى استعراض نصوص القوانين الوضعية المختلفة فى الإتجاهات ، والمذاهب ، والتى اســتعملت هــذه الإصطلاحات فى النصوص المنظمة للتحكيم ، أنظر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيــم فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٢٢٤ – الهامش رقم (١) ، (٢) .

قضائية بالمعنى الصحيح :

ظهر نظام التحكيم الإجبارى ، كوسيلة للفصل فى منازعات عديدة ، فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - بحيث يجبر الخصوم على عرض هذه المنازعات على هيئات التحكيم الإجبارى للفصل فيها - **وفقا للقواعد ، والإجراءات التى تحددها فى هذا الشأن** - وتعترف الدولة لهيئات التحكيم الإجبارى التى تنشؤها لمباشرة التحكيم فى هذه المنازعات بولاية القضاء فيها ، بحيث لايجوز للقضاء العام فى الدولة أن ينظرها ، وإلا كان حكمه فيها منعدما ، لانتفاء ولايته ، وعليه إحالة النزاع وجوبا إلى هيئات التحكيم الإجبارى ، إعمالا لنص المادة (١١٠) من قانون المرافعات المصرى ، ومثيلاتها فى الأنظمة القانونية الوضعية الأخرى - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** .

ويرى أنصار النظرية القضائية لنظام التحكيم أن هيئات التحكيم الإجبارى تصدر أعمالا قضائية بالمعنى الصحيح [١] .

السند السابع :

ذيوع نظام التحكيم ، وانتشاره ، وظهور العديد من المنظمات ، والهيئات ، والمراكز الدائمة التى تنظم التحكيم :

ذاع نظام التحكيم ، وزاد انتشاره ، وظهرت العديد من المنظمات والهيئات ، والمراكز الدائمة للتحكيم ، والتى تباشره وفق قواعد ، وإجراءات محددة . وخاصة ، فى مجال التجارة الدولية ، لدرجة أن الرأى الغالب فى فقه القانون الوضعى المقارن يرى أن نظام التحكيم قد أصبح قضاء أصيلا للتجارة الدولية ، وخص التحكيم التجارى الدولى بالصفة القضائية ، على

---

[١] أنظر : أبو زيد رضوان - الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى - بند ٢٣ ومايليه ص ٣٥ ومابعدها ، إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولى الخاص - بدون دار نشر - بدون سنة نشر - ص ٣٤ ومابعدها .

أساس أن التحكيم التجارى على الصعيد العالمى ليس عملا من طبيعة إرادية خالصة ، لأنه كثيرا مايفرض التحكيم جبرا على أطراف التجارة الدولية . وتتبع هيئات التحكيم الدائمة قواعد خاصة للإجراءات ، تتضمنها اللوائح المنظمة لها ، وتكون قرارات التحكيم مصدرا مستقلا لمنازعات التجارة الدولية ، وتتمتع بالحجية القضائية ، والقوة تنفيذية (١) .

النتائج العملية المترتبة على الأخذ بمنطق النظرية القضائية لنظام التحكيم (٢) :

مسايرة منطق النظرية القضائية لنظام التحكيم يجعل لدينا نوعين من القضاء :

النوع الأول :

القضاء العام فى الدولة .

والنوع الثانى :

قضاء التحكيم .

والنتيجة المنطقية لذلك ، هى تطبيق قواعد المرافعات المدنية ، والتجارية المنظمة للنشاط القضائى للمحاكم ، وآثاره على خصومة التحكيم أمام هيئة

---

(١) أنظر :

G . CORNU : Le decret du 14 Mai 1980 . relatif a l'arbitrage . presentation de la reforme . Rev. Arb. 1980. 586 ; ERIC – LOQUIN: Procedure civile . Fasc . 1034 ou commercial . N. 67 et s ; Juris – Classeur . 1984 . procedure civile . Arbitrage . Fasc . 1010, N . 39 et s ; JACQUELLINE RUBELLIN – DEVICHI : Juris – Classeur .. La decision arbitrale . N . 20 et S ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit ., 1990 . N . 20 et s .

(٢) فى بيان النتائج العملية المترتبة على الأخذ بمنطق النظرية القضائية لنظام التحكيم ، أنظر : وجدى راغب فهمى – هل التحكيم نوع من القضاء – المقالة المشار إليها – ص ١٣٥ ومابعدها ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٦٤ ص ٢٣٥ ومابعدها .

التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وأحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم ، حيث لاتوجد نصوصا قانونية وضعية خاصة تحكمها - **سواء فى القوانين الوضعية " وعلى اختلاف مذاهبها** ، واتجاهاتها " ، **أم فى الإتفاق علىالتحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة "** ، **أم فى النظم الخاصة التى يحيل إليها الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة "** - مع ملاحظة التحفظ الهام الذى يرد على هذه النتيجة ، والذى تفرضه الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم ، وهو أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تكون غير مقيدة بإجراءات المرافعات المدنية ، والتجارية ، وإنما تتقيد بالضمانات الأساسية للتقاضى [1] .

---

(1) أنظر : وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - كلية الحقوق - جامعة الكويت - السنة السابعة عشرة - مارس / يونيو - سنة ١٩٩٣ - العددان الأول ، والثانى - ص ص ١٣١ - ١٧٣ .

أساس أن التحكيم التجارى على الصعيد العالمي ليس عملا من طبيعة إرادية خالصة ، لأنه كثيرا مايفرض التحكيم جبرا على أطراف التجارة الدولية . وتتبع هيئات التحكيم الدائمة قواعد خاصة للإجراءات ، تتضمنها اللوائح المنظمة لها ، وتكون قرارات التحكيم مصدرا مستقلا لمنازعات التجارة الدولية ، وتتمتع بالحجية القضائية ، والقوة تنفيذية [١] .

النتائج العملية المترتبة على الأخذ بمنطق النظرية القضائية لنظام التحكيم [٢] :

مسايرة منطق النظرية القضائية لنظام التحكيم يجعل لدينا نوعين من القضاء :

النوع الأول :

القضاء العام فى الدولة .

والنوع الثانى :

قضاء التحكيم .

والنتيجة المنطقية لذلك ، هى تطبيق قواعد المرافعات المدنية ، والتجارية المنظمة للنشاط القضائى للمحاكم ، وآثاره على خصومة التحكيم أمام هيئة

---

(١) أنظر :

G . CORNU : Le decret du 14 Mai 1980 . relatif a l'arbitrage . presentation de la reforme . Rev. Arb. 1980. 586 ; **ERIC – LOQUIN**: Procedure civile . Fasc . 1034 ou commercial . N . 67 et s ; Juris – Classeur . 1984 . procedure civile . Arbitrage . Fasc . 1010, N . 39 et s ; **JACQUELLINE RUBELLIN – DEVICHI** : Juris – Classeur .. La decision arbitrale . N . 20 et S ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op . cit ., 1990 . N . 20 et s .

(٢) فى بيان النتائج العملية المترتبة على الأخذ بمنطق النظرية القضائية لنظام التحكيم ، أنظر : وجدى راغب فهمى — هل التحكيم نوع من القضاء — المقالة المشار إليها — ص ١٣٥ ومابعدها ، المؤلف — إتفاق التحكيم ، وقواعده — الرسالة المشار إليها — بند ٦٤ ص ٢٣٥ ومابعدها .

التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وأحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم ، حيث لاتوجد نصوصا قانونية وضعية خاصة تحكمها - **سواء فى القوانين الوضعية " وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها " ، أم فى الإتفاق علىالتحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " ، أم فى النظم الخاصة التى يحيل إليها الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة "** - مع ملاحظة التحفظ الهام الذى يرد على هذه النتيجة ، والذى تفرضه الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم ، وهو أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تكون غير مقيدة بإجراءات المرافعات المدنية ، والتجارية ، وإنما تتقيد بالضمانات الأساسية للتقاضى [1] .

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمي - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - كلية الحقوق - جامعة الكويت - السنة السابعة عشرة - مارس / يونيو - سنة ١٩٩٣ - العددان الأول ، والثانى - ص ص ١٣١ - ١٧٣ .

المبحث الرابع

تقييم النظرية القضائية لنظام التحكيم [١] .

سادت النظرية القضائية لنظام التحكيم فى كل من فقه القانون الوضعى وأحكام القضاء المقارن ، بعد أن صرعت تماما النظرية التعاقدية له ، وتركت بصماتها عليه ، وأثرت فيه تأثيرا كبيرا ، وهى لم تترك تأثيرها على فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن فحسب ، وإنما أثرت فى القوانين الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - والتى راحت تطبق على نظام التحكيم بعض قواعد القضاء العام فى الدولة .

وقد ساعد على زيادة هذا التأثير ، إتساع علاقات التجارة الدولية ، وعدم ثقة أطرافها بصورة كافية فى قدرة القضاء الوطنى للدول الأطراف فى هذه العلاقات على حماية حقوقهم .

وإزاء عدم تنظيم المجتمع الدولى لقضاء عام لهذه المنازعات الخاصة ، فقد قامت مراكز التحكيم الدولية لسد هذه الثغرة القضائية .

ولذا ، فقد تضمنت إجراءاتها كثيرا من ضمانات التقاضى - **مثل تعدد درجات التقاضى ، وغير ذلك من القواعد التى تؤدى بنظام التحكيم إلى أن يحل محل القضاء العام فى الدولة ، فى حماية حقوق أطراف المعاملات التجارية الدولية .**

وإذا كانت كفة النظرية القضائية لنظام التحكيم قد رجحت ، حتى أصبحت هى النظرية السائدة فى فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن ، إلا أنها مع ذلك لم تسلم بدورها من النقد [٢] .

---

[١] فى تقييم النظرية القضائية لنظام التحكيم ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٦٥ ص ٢٣٨ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٩٦ ومابعدها .

الإنتقاد الأول :

النظرية القضائية لنظام التحكيم إذا كانت قد استندت إلى حجة رئيسية مقولها ، أن كلا من نظام القضاء العام فى الدولة ، ونظام التحكيم يحقق وظيفة واحدة ، وهى الفصل فى المنازعات القانونية بين الأفراد ، والجماعات ، وأن كلا من القاضى العام فى الدولة ، وهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يقوم بتطبيق القانون على هذه المنازعات ، إلا أن أنصار النظرية القضائية لنظام التحكيم قد تناسوا الإختلاف الجوهرى بين وظيفة كلا منهما :

فبينما تكون وظيفة القاضى العام فى الدولة قانونية بحتة ، تتمثل فى حماية الحقوق ، والمراكز القانونية للأفراد ، والجماعات - **وبصرف النظر عن وجود نزاع ، أو عدم وجوده ، وعن أثر الحكم القضائى الصادر منه على مستقبل النزاع فى حالة وجوده** - فإن وظيفة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الحقيقية تكون وظيفة إجتماعية واقتصادية سلمية بحتة ، وهى حل النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالقانون الوضعى ، أو بغيره " **التحكيم بالقضاء - التحكيم العادى - والتحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، على نحو يضمن إستمرار العلاقات بين أطراف هذا النزاع فى المستقبل [1] .

---

[2] فى بيان الإنتقادات التى وجهت لمنطق النظرية القضائية لنظام التحكيم ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٦٥ ص ٢٣٩ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٩٧ ومابعدها .

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - المقالة المشار إليها - ص ١٤٠ .

المبحث الرابع

تقييم النظرية القضائية لنظام التحكيم [1] .

سادت النظرية القضائية لنظام التحكيم فى كل من فقه القانون الوضعى وأحكام القضاء المقارن ، بعد أن صرعت تماما النظرية التعاقدية له ، وتركت بصماتها عليه ، وأثرت فيه تأثيرا كبيرا ، وهى لم تترك تأثيرها على فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن فحسب ، وإنما أثرت فى القوانين الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - والتى راحت تطبق على نظام التحكيم بعض قواعد القضاء العام فى الدولة .

وقد ساعد على زيادة هذا التأثير ، إتساع علاقات التجارة الدولية ، وعدم ثقة أطرافها بصورة كافية فى قدرة القضاء الوطنى للدول الأطراف فى هذه العلاقات على حماية حقوقهم .

وإزاء عدم تنظيم المجتمع الدولى لقضاء عام لهذه المنازعات الخاصة ، فقد قامت مراكز التحكيم الدولية لسد هذه الثغرة القضائية .

ولذا ، فقد تضمنت إجراءاتها كثيرا من ضمانات التقاضى - **مثل تعدد درجات التقاضى ، وغير ذلك من القواعد التى تؤدى بنظام التحكيم إلى أن يحل محل القضاء العام فى الدولة ، فى حماية حقوق أطراف المعاملات التجارية الدولية .**

وإذا كانت كفة النظرية القضائية لنظام التحكيم قد رجحت ، حتى أصبحت هى النظرية السائدة فى فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن ، إلا أنها مع ذلك لم تسلم بدورها من النقد [2] .

---

[1] فى تقييم النظرية القضائية لنظام التحكيم ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٦٥ ص ٢٣٨ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٩٦ ومابعدها .

الإنتقاد الأول :

النظرية القضائية لنظام التحكيم إذا كانت قد استندت إلى حجة رئيسية مقولها ، أن كلا من نظام القضاء العام فى الدولة ، ونظام التحكيم يحقق وظيفة واحدة ، وهى الفصل فى المنازعات القانونية بين الأفراد ، والجماعات ، وأن كلا من القاضى العام فى الدولة ، وهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يقوم بتطبيق القانون على هذه المنازعات ، إلا أن أنصار النظرية القضائية لنظام التحكيم قد تناسوا الإختلاف الجوهرى بين وظيفة كلا منهما :

فبينما تكون وظيفة القاضى العام فى الدولة قانونية بحتة ، تتمثل فى حماية الحقوق ، والمراكز القانونية للأفراد ، والجماعات - **وبصرف النظر عن وجود نزاع ، أو عدم وجوده ، وعن أثر الحكم القضائى الصادر منه على مستقبل النزاع فى حالة وجوده** - فإن وظيفة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الحقيقية تكون وظيفة إجتماعية واقتصادية سلمية بحتة ، وهى حل النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالقانون الوضعى ، أو بغيره " **التحكيم بالقضاء - التحكيم العادى - والتحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، على نحو يضمن إستمرار العلاقات بين أطراف هذا النزاع فى المستقبل [1] .

---

[2] فى بيان الإنتقادات التى وجهت لمنطق النظرية القضائية لنظام التحكيم ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٦٥ ص ٢٣٩ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٩٧ ومابعدها .

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - المقالة المشار إليها - ص ١٤٠ .

ذلك أن النظرة العلمية المتأنية لكل من وظيفة القضاءالعـــام فـــى الدولـــة ، ووظيفة التحكيم ، ولئن كانت تؤدى إلى القول بأن كلا من القاضى العام فـــى الدولة ، وهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع الإتفـــاق علـــى التحكيم تفصل فى منازعات قانونية ، وتطبق القانون الوضعى على وقائعـــها إلا أنه من المشاهد عدم صحة ذلك فى جميع الأحوال فى كل صور القضـــاء العام فى الدولة ، والتحكيم .

فالقضاء العام فى الدولة قد يباشر وظيفته ، ويصدر أحكاما قضائية فى قضايا دون وجود نزاع بين الأطراف ذوى الشأن - **كحالة إقرار المدعى عليه فـــى الدعوى القضائية بالدين المطلوب** - ولايتطلب القـــانون الوضعـــى عندئـــذ وجود نزاع بين الأطراف ذوى الشأن ، وإنما يكفى وجود مصلحة للمدعـــى فى الدعوى القضائية .

أما فى نظام التحكيم ، فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم قد تفصل فى منازعات قانونية ، مطبقة قواعد القـــانون الوضعى على وقائع موضوع النزاع المعروض عليها ، للفصل فيـــه ، مـــن خلال منهجا إجرائيا معينا ، ولكن قد يفصل فى المنازعات المعروضة عليـــها دون الإلتزام بتطبيق قواعد القانون الوضعى على موضوعـــها - **كمـــا هـــو الشأن فى نظام التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكميـــن " أطـــراف الإتفاق على التحكيم "** [١] - ودون التقيد بمنهج إجرائى معين - **كما هـــو**

---

(١) تعرف الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - نوعين من نظام التحكيـــم ، يختلفان من حيث سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، عنـــد قيامها بتحقيقه ، والفصل فيه ، وهما :

النوع الأول :

التحكيم العادى ، ويسميه القانون الوضعى المصرى إختصارا بالتحكيم .

والنوع الثانى :

التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

أى أن التحكيم قد يكون تحكيما بالقضاء " تحكيما عاديا " ، وقد يكون تحكيما مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

ويكمن الفارق بين هذين النوعين من نظام التحكيم فى سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، عند قيامها بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، بقرار حاسم ، وملزم للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، بدلا من عرضه على القضاء العام فى الدولة ، ومدى ماتتمتع به هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من سلطات ، ومقدار مايرد عليها من قيود - سواء فى ذلك أكانت قيودا قانونية ، وردت فى نصوص قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المنظمة للتحكيم ، وإجراءاته ، أم كانت قد وردت فى نصوص قانونية وضعية خاصة ، كقانون التحكيم البمصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - أم قيودا اتفاقية .

(١) ذلك أنه وبالإضافة إلى الحدود الإتفاقية التى ترد على سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإن الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - تورد عددا من القيود القانونية على سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . فى دراسة نظام التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، أنظر :

E . MEZGER : De la distinction entre l'arbitre dispense d'observer les regles de la loi et l'arbitre statuant sans appel . Dalloz . 1970 . P . 154 et s ; J . VIATTE : L'amiable composition en justice . Rec . Gen . lois et jurisp . 1974 . 563 ; PH . FOUCHARD : Amiable composition et appel . Rev . Arb . 1975 . P . 18 et s ; E . LOQUIN : L'obligation pour l'amiable composition de matiere sa sentence . Rev . Arb . 1976 . P . 223et s ; L'amiable composition en droit compare et international . These . Dijon . 1978 . ed . Litec . Paris . 1980 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التحكيم بالقضاء ، وبالصلح - ط١ - ١٩٦٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٧٧ ومايليه ص ١٧٨ ومابعدها ، عبد الحميد الأحدب - التحكيم بالصلح فى الشرع الإسلامى ، والقوانين الأوربية - مقالة مقدمة فى مؤتمر تحكيم الشرق الأوسط بالقاهرة - يناير سنة ١٩٨٩ ، الحبيب

الشأن فى التحكيم الحر Ad hoc [١] ، [٢] ، وهذا يعنى أن فكرة تطبيق القانون الوضعى على النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم

مالوش - التحكيم بالإنصاف فى منازعات الأعمال الدولية - مقالة مقدمة فى مؤتمر القاهرة للتحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٠ - حول المشكلات الأساسية للتحكيم فى القانون الداخلى ، والقانون الدولى ، يس محمد يحيى - عقد الصلح - الرسالة المشار إليها - بند ٦٨ وماليه ص ١١٥ ومابعدها ، حيث استعرض أحكام القضاء المقارن ، والتى تميز بين تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، وتفويضه بالحكم . وخاصة أمام القضاء الأهلى المصرى ، وجدى راغب فهمى - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ٣ ومابعدها ، مفهوم التحكيم ، وطبيعته - المقالة المشار إليها - ص ٩ ومابعدها ، ص ١٢ ومابعدها ، حيث يرى سيادته أنه من الأدق تسمية التحكيم بالقضاء : " التحكيم القانونى ، أو المقيد " ، والتحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " : " التحكيم الطليق ، أو غير المقيد " ، محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٣٦٩ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ١٠٧ ومابعدها .

وفى استعراض الجدل حول وحدة ، وثنائية نظام التحكيم " التحكيم بالقضاء " التحكيم العادى " والتحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٧٨ ومابعدها .

وفى بيان شروط صحة تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٨٩ ومابعدها .

[١] ينقسم نظام التحكيم إلى نظام التحكيم الحر Arbitrage libre ou ad hoc ، والتحكيم المقيد Arbitrage institutionnel . وأساس هذا التقسيم ، أن أسلوب نظام التحكيم يصاغ فى ضوء اختيار أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لطريقة التحكيم الحر ، أو لطريقة التحكيم المقيد .

فقد يكون إتجاه الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى نظام التحكيم الحر ، كما يمكن أن يكون اتجاههم إلى هيئات التحكيم الدائمة ، والمنتشرة فى جميع أنحاء العالم .

فتطبيقا لحرية إرادة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " فى نظام التحكيم ، فإن أطراف المنازعة موضوع الإتفاق على التحكيم يمكنهم الإتفاق على إجراءات التحكيم وفق ما يحقق المصلحة الخاصة لهم ، مسترشدين بما ورد من القواعد التشريعية المنظمة للتحكيم ، سواء وردت ضمن قواعد قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، أم وردت فى شكل قانونى خاص - كقانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ملتزمين فقط بما يكون منها نصوصا قانونية وضعية آمرة .

ولكن لكون نظام التحكيم قد يحتاج فى بعض الأحيان . وخاصة ، فى مجال التجارة الدولية ، لتنظيم دقيق لإجراءاته ، وتوفير المتمرسين لمباشرة هذه الإجراءات ، وذوى الخبرة - والمشهود لهم بالكفاءة ، والحيدة - فإنه يلزم وضع القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم بصورة تفصيلية ، ومستقرة مسبقا ، مع وجود قائمة ، أو قوائم بأسماء المحكمين . وأخيرا ، الجهاز الذى يتولى عن أطراف المنازعة موضوع الإتفاق على التحكيم متابعة تنفيذ هذه الإجراءات ، حتى صدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . ومن هنا ، فقد وجدت المؤسسة التحكيمية المتخصصة فى نظام التحكيم ، ومنها ماهو على المستوى الوطنى - أى المنظمة المعنية ذات التشكيل الوطنى ، وإن كان يتسع نشاطها لتسوية المنازعات بين أطراف من جنسيات مختلفة - ومنها مايأخذ الصفة الدولية - أى منظمة تؤسس بالتعاون فيما بين أعضاء ، أو منظمات من جنسيات مختلفة .

ومن المعاملات مايكون لها طابعا خاصا . ومن ثم ، تتميز بوجود عقودا نموذجية خاصة بها ، هذه العقود يكون لها قواعد مخصصة لنظام التحكيم ، تبرز فيها سمة التخصص الفنى ، والنابع عن الطابع الخاص لهذه المعاملات . ومن ذلك : قواعد التحكيم البحرى الفرنسى - والصادرة عن غرفة التحكيم البحرى الفرنسى - فمثل هذه القواعد التى تنظم إجراءات التحكيم ، تلزم الأطراف الذين يختاروها بالإجراءات المذكورة ، والسير على مقتضاها ، وقد تلزمهم بأن تكون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من بين قائمة معينة لدى المنظمة . كما أن المنظمة قد يكون لها محكمة تحكيم تشرف على الإجراءات ، وتصدر عندئذ قرارات تنظيمية . لذلك ، فقد عرف مثل هذا النوع من التحكيم بالتحكيم المقيد **Arbitrage institutionnel** .

فالتحكيم المقيد هو :

نظاما للفصل فى المنازعات التى تقوم فى اطار مراكز ، أو مؤسسات دائمة للتحكيم ، والإحالة إليه تعنى فى الأصل الأخذ بقواعده الموحدة ، إلا إذا أجاز النظام مخالفتها ، ومثل هذه الإحالة تعفى الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " من التصدى لكل تفصيلات شرط التحكيم ، إكتفاء بما ورد فى شأنها فى نظام التحكيم المقيد المختار .

ذلك أن الإحالة إلى نظام التحكيم المقيد يترتب عليه الأخذ بما ورد فى نظامه القانونى ، فيما يتعلق بطريقة اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والقواعد التى تكون واجبة التطبيق عليه ، إلا إذا اتفق على خلافها .

ومن الممكن أن يتولى الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " بأنفسهم تنظيم سير إجراءات التحكيم ، مع الإتفاق على تخويل إدارة التحكيم المقيد - والمعين فى الإتفاق على التحكيم - مهمة رعايتها .

كما أنه من المتصور أن يختار الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " تنظيم إجراءات التحكيم وفقا لقواعد تنظيم مؤسسى معين ، على أن يقوم جهاز التحكيم لمركز ، أو هيئة أخرى برعاية سير الإجراءات .

والأصل فى نظام التحكيم المقيد أن يتحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم باختيار أطراف العقد لقانون له صلة بعناصر العقد ، ومن الممكن أن يحدد الأطراف هذا القانون مباشرة ، أو أن تتم الإحالة إلى قواعد تنازع القوانين فى دولة معينة .

وإذا أحيل النزاع إلى هيئة تحكيم مقيد ، فقد يختار أطراف النزاع تطبيق القانون الوضعى الذى يدل عليه نظام هذه الهيئة .

كما قد يتفق الأطراف على تطبيق العادات السارية فى مجال معين ، أو الفصل فى النزاع وفقا لقواعد العدل ، والإنصاف .

وأخيرا ، يمكن صياغة العقد ، أو بنود التحكيم على نحو تفوض به هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، دون التقيد بقواعد قانونية وضعية معينة .

وقد يكون إلتجاء أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى التجارة الدولية للفصل فيه إلى مايسمى بتحكيم الحالات الخاصة ، أو التحكيم الحر **Arbitrage libre ou ad hoc** ، وهو تحكيما لايختار فيه الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " هيئة دائمة للتحكيم ، وإنما يجرى التحكيم فى حالات فردية ، وفق مشيئة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " - من حيث اختيارهم لهيئة التحكيم التى تباشر مهمة التحكيم بينهم ، بخصوص النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وكيفية مباشرة إجراءات التحكيم ، ومكان انعقاده ، والقانون الذى يطبق على النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

ولذلك ، فإن شرط التحكيم يصاغ فى هذه الحالة بطريقة تعكس رغبة أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى كيفية التوصل إلى الفصل فى نزاعهم . فتفصيلات هذا الشرط تختلف من حالة إلى أخرى ، باختلاف خصوصيات كل نزاع ، وتباين رغبات أطرافه .

وقد جاء ازدهار نظام التحكيم ، وذيوعه ، وانتشاره فى العلاقات الخاصة الدولية مرتبطا تاريخيا بنشأة ، وظهور العديد من المنظمات ، وهيئات التحكيم الدائمة ، والمراكز المتخصصة ، والتى قامت بوضع نظم

خاصة بها ، تقوم على إدارتها ، وتطبيقها مراكز تضم نخبة من المشتغلين بمسائل التحكيم بصفة عامة ، أو فى فرع معين من فروع النشاط الإقتصادى ، وهذه المنظمات ، والهيئات ، والمراكز الدائمة تباشر التحكيم ، وتقوم بتقديم خدمات لأطراف المنازعات فى التجارة الدولية ، وتهيئ الظروف لإجراء مثل هذه التحكيمات ، بما لها من سكرتارية دائمة ، ولوائح ، وقوائم بأسماء المحكمين المؤهلين .

ويطلق على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مسميات مختلفة . فيطلق عليها أحيانا محكمة تحكيم **Tribunal d'arbitrage** ، أو مركز تحكيم **Centre d'arbitrage** ، أو غرفة تحكيم **Chambre d'arbitrage** ، أو جمعية تحكيم **Association d'arbitrage** .

وهذه الهيئات الدائمة للتحكيم إما أن تكون تابعة من اتفاقيات ثنائية – كغرفة التحكيم الفرنسية – الألمانية – أو هيئات ذات طابع جغرافى ، أو لتجارة معينة – كهيئة التحكيم الأسكندنافية للجلود ، وهيئة التحكيم الدولية لمنازعات الملاحة فى نهر الراين ، وغرفة تحكيم القطن فى بولندا – أو أن تكون هيئات ذات طابع عالمى – كهيئة التحكيم الأمريكية ، ومحكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية .

ولم تعد نظم هيئات التحكيم فى المرحلة الراهنة قصرا على هيئات كبار رجال الأعمال فى العالم الغربى – كغرفة التجارة الدولية بباريس – وإنما تحققت فى السنوات الأخيرة تطورات بالغة الأثر ، حتى فى نطاق تلك الهيئات التى ظلت لمدة نصف قرن من الزمان تحتكر القدر الأكبر من التحكيمات – بما فيها منازعات الأطراف المصرية ، وغيرها من مؤسسات دول العالم الثالث ، مع الشركات الكبرى الأجنبية .

وكان إنشاء غرفة التجارة الدولية بباريس عام ١٩٢٣ خطوة هامة فى سبيل انتشار نظام التحكيم – كأسلوب للفصل فى المنازعات المتعلقة بمعاملات التجارة الدولية بمختلف أنواعها – حيث تم وضع ، وتطوير قواعد تنظم مختلف مراحل التحكيم ، منذ مرحلة اختيار أعضاء هيئة التحكيم – والمكلفة بمباشرة مهمة التحكيم بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " – إلى حين صدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، واعتماده ، وذلك كله تحت إدارة ، ورقابة هيئة دائمة من المتخصصين ، وعلى رأسها محكمة التحكيم **Cour of Arbitration** ، والتى تتولى تسمية أعضاء هيئة التحكيم – والمكلفة بمباشرة مهمة التحكيم – فى كل قضية على حدة ، لتكوين هيئة التحكيم **Arbitration Tribunal** ، والتى تتولى إعداد مشروع حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والذى يرفع إلى المحكمة الدائمة ، قبل إبلاغه للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

وغرفة التجارة الدولية بباريس هى هيئة غير حكومية ، مقرها باريس بفرنسا ، وتمثل اتحادا يضم شعبا وطنية فى العديد من الدول لغرف التجارة ، والصناعة ، والتى تستهدف تنسيق المصالح ، والجهود بين ممثلى رجال الأعمال فى عالم التجارة الدولية . وفى اطار هذا الإتحاد لغرف التجارة ، والصناعة الوطنية ، تم وضع قواعد للتحكيم ، تتولى إدارتها ، ومراقبة تطبيقها هيئة دائمة ، وهى محكمة التحكيم .

وبالرجوع إلى قواعد محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس فى صورتها الحالية – والمنشورة فى نوفمبر سنة ١٩٨٢ – يتبين أن نطاقها يشمل " المنازعات المتعلقة بالمعاملات ذات الطابع الدولى **Any business dispute of an international character** ، وفقا لصريح نص الفقرة الأولى من المادة الأولى الواردة فى صدر الفصل الأول المتعلق بالتوفيق الإختيارى . ويتسم نظام التحكيم الوارد تنظيمه لغرفة التجارة الدولية بباريس بأنه يمنح محكمة التحكيم سلطة كبيرة فى تعيين ، واعتماد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

ولقد ظهرت فى دول أخرى هيئات مماثلة ، نالت دعم ، وتأييد الحكومات المعنية ، وقامت بوضع نظم ، تتضمن القواعد الواجبة الإتباع بشأن التحكيمات التابعة لها . وبصفة خاصة ، فى انجلترا ، والولايات المتحدة الأمريكية ، والسويد .

كما قامت هيئات دائمة فى مجالات متخصصة – كتجارة الحبوب ، والمنسوجات ، والمعادن ، وفى خصوص النقل البحرى ، والتأمين ، وغير ذلك – بحيث صار من الصعب حصرها ، ومعالجة كل منها .

ومن المراكز الإقليمية ، المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة ، والذى أنشئ بقرار اللجنة القانونية الإستشارية لدول آسيا ، وأفريقيا – والصادر فى دورتها التى عقدت بالدوحة فى يناير سنة ١٩٧٨ – وتم تبادل الخطابات الرسمية عقب ذلك بين سكرتير هذه اللجنة ، وبين وزير العدل المصرى ، بشأن عمل هذا المركز ، فى ١٩٨٣/٣/١٥ ، ووافق السيد رئيس الجمهورية عليها بالقرار الجمهورى رقم (١٠٤) لسنة ١٩٨٤ ، وموافقة مجلس الشعب المصرى ، وتم التصديق عليها فى ١٩٨٤/٣/٢٤ .

ومقر المركز مدينة القاهرة ، ويباشر التحكيم – عند اختيار الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " له – وفق قواعده ، وهى ذات قواعد تحكيم اليونسيترال الصادرة بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٩٧٦/١٢/١٥ .

ومن بين أغراض هذا المركز ، النهوض بالتحكيم الدولى ، وتقديم التسهيلات الازمة لإجراء التحكيم بمقره ، والمعاونة فى تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم .

ولاشك أن المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة يقوم بدور فعال ، سواء كسلطة تعيين لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بالتطبيق لقواعد لجنة الأمم المتحدة " قواعد اليونسيترال " ، أو كمقر لقضايا تحكيم مرفوعة إليه باتفاق الأطراف ، مع مايقتضيه ذلك الدور المزدوج من ثقة ، واطمئنان .

والمركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة يستطيع بجانب قيامه بوظائفه التى أنشئ أساس من أجلها – أى وظيفة المؤسسة التحكيمية – أن يسعى عن طريق الإتصالات مع سلطات الدول المعنية ، والأوساط التجارية ، والمالية ، لإدخال التعديلات المناسبة فى مختلف تشريعات دول المنطقة .

ومن المراكز الإقليمية المتخصصة كذلك فى مجال التحكيم ، المركز الدولى للتحكيم التجارى الدولى بالأسكندرية ، والذى أنشئ بمعرفة الجمعية التعاونية الإنتاجية لأعمال الوزن ، والمراجعة ، والخبرة الدولية " كومبيصل " ، والتى تأسست فى مدينة الأسكندرية عام ١٩٥٨ ، بقصد تحقيق النهوض الإقتصادى ،

وإزالة العقبات أمام التجارة الدولية ، والتي قامت بإنشاء المركز الدولي للتحكيم التجاري التابع لها ، ومقره مدينة الأسكندرية ، لتحقيق مايتطلبه الإنتاج عند نشوب منازعات بين جهات الإنتاج من سرعة الفصل فيها ، مما يكون له الأثر الأكبر في زيادة الإنتاج ، وازدهار التجارة .

وقد أنشئ المركز الإسلامي للتحكيم التجاري بالقاهرة " مركز صالح عبد الله كامل " ، وكان الهدف الرئيسي من إنشائه هو القيام بالبحوث ، والدراسات في مجال التعامل التجاري الإسلامي ، وتطبيق المبادئ ، والقواعد التي وضعتها الشريعة الإسلامية الغراء ، لحسم المشكلات ذات الطابع التجاري .

ولئن كان المركز الإسلامي للتحكيم التجاري بالقاهرة " مركز صالح عبد الله كامل " قد أنشئ أساسا للقيام بمهمة التحكيم التجاري الدولي ، إلا أن ذلك لايحول دون إمكان انتفاع المتنازعين في المجال التحلوى بنشاطه في التحكيم الداخلي ، لسد فراغ يتطلع المتنازعون إلى ملئه ، لإيجاد مؤسسة تحكيمية تباشر التحكيم الداخلي ، وتعمل في اطاره .

ومن أجل هذا ، فقد تم بتاريخ (٢٥) من جمادى الأولى سنة ١٤١١ ه - الموافق ١١ من ديسمبر سنة ١٩٩٠ م - إدخال تعديل في أغراض المركز ، بمقتضى قرار شيخ الأزهر المصري الشريف رقم (٩١٧) لسنة ١٩٩٠ ، تسمح للمركز بالعمل كجهاز للتحكيم التجاري الداخلي ، والدولي على حد سواء ، إذا اختار الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " تطبيق الشريعة الإسلامية الغراء على موضوع النزاع الذي نشأ بينهم .

وبالإضافة إلى المراكز الدولية العامة ، والمراكز الإقليمية المتخصصة في مجال التحكيم ، فإنه توجد مراكز دولية متخصصة في التحكيم بشأن المنازعات ذات الطبيعة الفنية ، وتحتاج إلى قدر من التخصص . ومن ذلك ، المركز الدولي لتسوية منازعات السينما ، والغرفة الدولية للفيلم ، وغيرها . وكذلك ، العديد من المراكز ، وهيئات التحكيم الوطنية المنتشرة في جميع أنحاء العالم ، مثل المركز القضائي للتحكيم بباريس ، وغرفة التحكيم في كل من بوردو ، ليون ، مارسيليا ، ميلانو، تورينو ، وتريستا بإيطاليا ، والجمعية الإيطالية للتحكيم ، والغرفة التجارية ، والصناعية بالمملكة العربية السعودية - والتي أنشئت بمقتضى المادة الخامسة من نظام الغرفة التجارية ، والصناعية رقم (٦) ، بتاريخ ١٤٠٠/٤/٢٠ ه ، وهيئة التحكيم المنصوص عليها في المادة (١٧٧) من قانون المرافعات الكويتي ، وغرفة تجارة ، وصناعة البحرين ، وغرفة صناعة عمان ، وغرفة صناعة ، وتجارة دبي ، وغيرهم من المراكز .

و قد زاد الإلتجاء في السنوات الأخيرة إلى هيئات تحكيم دائمة ذات طابع دولي ، يتم في اطار نظمها ، ولوائحها حل النزاع تحت إشراف أجهزتها المتخصصة ، على خلاف الصورة التقليدية ، حيث يقوم الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " بالإتفاق على تشكيل هيئة تحكيم خاصة ، في صدد كل حالة على حدة ، ورسم الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم اتباعها . في دراسة نظامي التحكيم الحر ، والتحكيم المقيد ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٧٦ وماليه ص ٢٩٢ ومابعدها ، عاطف محمد

مشارطة - ، والإلتزام به ، لايمكن أن تدخل فى التعريف العلمى لوظيفة التحكيم ، ولاتمثل جوهره الملازم له ، وإن كان قد لوحظ فى الممارسة العملية أنه لاتحكيم بلا نزاع ، لأن الغاية المشتركة لكل صور نظام التحكيم هى حل المنازعات - الحالة ، أو المستقبلية - بين الأفراد ، والجماعات - سواء تم ذلك بالقانون الوضعى ، أم بغيره [1] .

الإنتقاد الثانى :

أنصار النظرية القضائية لنظام التحكيم إذا كانوا يرددون أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تكون قاضيا ، لأنها لاتستمد سلطتها من اتفاق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " - شرطا كان ، أم مشارطة - على التحكيم فحسب وإنما من الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - والتى تعترف بنظام التحكيم ، وتجعل أحكامه ملزمة للقضاء العام فى الدولة ، وتزودها بالقوة التنفيذية ، إلا أن الحقيقة أن اعتراف الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - بالإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لاينفى أن هذا الإتفاق هو المصدر المباشر لسلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق

راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ٨٤ ومابعدها . وفى دراسة مزايا ، وعيوب نظامى التحكيم الحر ، والتحكيم المقيد ، أنظر : **عاطف محمد راشد الفقى** - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١١٠ ومابعدها ، **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٤ ص ١٦ ، ١٧ .

[2] فى دراسة أنواع نظام التحكيم ، وتمييزه عن غيره من النظم القانونية الأخرى ، أنظر : **المؤلف** - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٦٧ومايليه ص ٢٥٢ ومابعدها .

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى - المقالة السابقة - ص ١٣٩ .

على التحكيم ، وأن الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها - هى المصدر غير المباشر لها - كما هو الحال بالنسبة لآثار العقود ، والتصرفات القانونية :

وهذا يعنى أن الإرادة التصرفية للأفراد ، والجماعات فى نظام التحكيم الإختيارى - وهى إرادة حرة تملك **الإتفاق على التحكيم - شرطا كان** ، أم **مشارطة - أو عدم الإتفاق عليه ، كما تملك اختيار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وتحديد نطاق سلطتها ووسائل مباشرتها ، ولآثارها** - هى المصدر المباشر ، والواقعى لسلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وأن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ليست سوى شخصا مفوضا من الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** [1] .

الإنتقاد الثالث :

أن وظيفة القاضى العام فى الدولة - والذى يباشر سلطة الدولة لحماية القانون الوضعى - تختلف عن وظيفة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

والدليل على ذلك أن جوهر وظيفة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هى الفصل فيه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وليس حماية القانون الوضعى - **كما هو الشأن بالنسبة للقاضى العام فى الدولة .**

وأن الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - ماكانت لتعترف فى نظام التحكيم للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على**

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى - المقالة السابقة - ص ١٤١ .

التحكيم " ، أو لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بحرية التقيد بقواعد القانون الوضعى الموضوعى ، والقانون الوضعى الإجرائى ، أو عدم التقيد به ، لو كانت وظيفة هذا النظام هى حماية القانون الوضعى ، وإنما تركت الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - للأفراد ، والجماعات حرية اختيار الوسيلة التى يفضلونها للفصل فى منازعاتهم ، عن طريق نظام التحكيم .

أما القاضى العام فى الدولة - والذى يباشر السلطة العامة للدولة ، لتحقيق سيادة القانون الوضعى على العلاقات الإجتماعية - فإنه يكون مقيدا - كقاعدة - بالقانون الوضعى الموضوعى ، والقانون الوضعى الإجرائى [1] .

الإنتقاد الرابع :

اعتبار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قاضيا خاصا ، أو عاما ، أمرا تكذبه قواعد القانون الوضعى ، والتى تخضع هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لنظام قانونى مغاير لذلك النظام الذى يخضع له القاضى العام فى الدولة - من حيث صلاحيته ، مسئوليته ، وسلطاته :

فلا يشترط فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مايشترط فى القاضى العام فى الدولة ، من حيث السن ، أو الجنس ، أو الجنسية ، أو المؤهلات ، أو الخبرة [٢] .

---

(١) أنظر : وجدى راغب فهمى - الإشارة المتقدمة .

(٢) يعتبر القاضى هو الدعامة الأساسية فى حماية الحقوق ، والمراكز القانونية المشروعة . وقد حظى باهتمام خاص من كافة الدول ، والمنظمات الدولية ، فيما يتعلق بأسلوب اختياره ، وشروط تعيينه ، والضمانات الواجب توافرها له ، حتى يتمكن من القيام بعمله فى حرية ، وأمان .

كما نصت معظم دساتير دول العالم على كفالة استقلال القضاء ، والقضاة ، وتكاد لاتخلو وثيقة دولية تعنى بحقوق الإنسان من النص على استقلال القاضى ، لانعكاس ذلك على حقوق الإنسان ، وحرياته .

فالقاضى يمثل الملاذ الأخير فى حماية حقوق الأفراد ، ومصالحهم المشروعة ، وحرياتهم .

وقد تضمنت المادة (٣٨) ومابعدها من قانون السلطة القضائية المصرى مجموعة من الشروط الواجب توافرها فيمن يعين فى وظائف القضاء ، والتى يقسمها فقه القانون الوضعى إلى طائفتين :

الطائفة الأولى :

عامة ، يتعين توافرها فى فيمن يعين فى وظائف القضاء فى مصر ، بحيث لايجوز لأى شخص أن يعين قاضيا ، مالم تتوافر هذه الشروط لديه .

والطائفة الثانية :

خاصة ، تتعلق بشغل درجات القضاء ، والشروط الواجب توافرها فى كل درجة منها .

وقد وردت الشروط العامة الواجب توافرها فيمن يعين فى وظائف القضاء فى مصر فى المادة (٣٨) من قانون السلطة القضائية المصرى ، وتدور حول مجموعة من الصفات الواجب توافرها فيمن يعين قاضيا - أيا كانت الدرجة التى يشغلها فى السلك القضائى - وهى :

الشرط الأول :

أن يكون متمتعا بجنسية جمهورية مصر العربية ، وكامل الأهلية المدنية :

يجب أن يكون القاضى مصريا ، لأن القضاء مظهرا من مظاهر سيادة الدولة ، لايتولاه غير المصريين ، ويستوى أن تكون الجنسية المصرية أصلية ، أو مكتسبة ، لأن المشرع الوضعى المصرى لم يحدد نوعها ، وإنما اكتفى بأن يكون المتقدم لشغل وظيفة القضاء مصريا .

كما يتعين أن يكون الشخص الذى يتقدم لشغل وظيفة القضاء كامل الأهلية ، لأنه لايجوز أن يلى القضاء ناقص أهلية لأى سبب كان .

ويجب فيمن يلى وظيفة القضاء . بالإضافة إلى كمال أهليته أن تتوافر فيه صفات خاصة ، من حيث رجاحة العقل ، ونضج التفكير ، واستقامة السلوك .

الشرط الثانى :

ألا يقل سن من يتقدم لشغل وظيفة القضاء عن ثلاثين سنة ، إذا كان التعيين بالمحاكم الإبتدائية ، وعن أربعين سنة ، إذا كان التعيين بمحاكم الإستئناف ، وعن ثلاثة وأربعين سنة ، إذا كان التعيين بمحكمة النقض .

فيشترط فيمن يعين فى وظائف القضاء بمصر أ، يكون قد بلغ سنا معينة ، والتى تختلف حسب الدرجة التى يعين بها القاضى ، والمحددة فى المادة (٣٨) من قانون السلطة القضائية المصرى .

الشرط الثالث :

أن يكون حاصلا على إجازة الحقوق من إحدى كليات الحقوق بجامعات جمهورية مصر العربية ، أو شهادة أجنبية معادلة لها .

ألا يكون قد حكم عليه من الحاكم ، أو مجالس التأديب لأمر مخل بالشرف ، ولو كان قد رد إليه اعتباره .

الشرط الخامس :

أن يكون محمود السيرة ، حسن السمعة .

والشرط السادس :

الخبرة :

والتي تختلف بحسب الدرجة التي سيعين فيها القاضي .

والأصل أن يتم تعيين القضاة عند بداية السلم الوظيفي من بين أعضاء النيابة العامة ، ثم يصعدوا بالترقية إلى أعلى درجات السلم القضائي .

فمن الشروط الخاصة الواجب توافرها فيمن يعين في وظائف القضاء نجد الخبرة القانونية ، والسبق تلعب دورا هاما في شغل وظائف القضاء في مصر ، فلا يعين في تلك الوظائف سوى من سبق له الإشتغال بالأعمال القانونية ، من أجل أن يكتسب خبرة ، ودراية في فهم قواعد القانون التي يطبقها على الدعاوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها .

ولذا ، فإنه لايعين قاضيا إلا من سبق له العمل بالنيابة العامة ، أو هيئة قضايا الدولة .

فضلا عن أن هناك طائفة أخرى - كالمحامين ، وأعضاء هيئات التدريس بكليات الحقوق ، وهيئات تدريس القانون بالجامعات المصرية - يمكنهم شغل وظائف القضاء في مصر ، ولكن يشترط بالنسبة لهم - بالإضافة إلى الشروط العامة المتقدمة - توافر شروطا خاصة ، تختلف بحسب الدرجة المراد شغلها وبحسب ماإذا كان من المحامين ، أو من أعضاء هيئات التدريس بكليات الحقوق .

ويجب على القضاة قبل مباشرة وظائفهم أداء اليمين الآتية " أقسم بالله العظيم أن أحكم بين الناس بالعدل وأن أحترم القوانين " المادة (٧١) من قانون السلطة القضائية المصري " .

ويكون أداء اليمين أمام السيد رئيس الجمهورية ، بالنسبة لرئيس محكمة النقض . أما نواب رئيس محكمة النقض ، ورؤساء محاكم الإستئناف ، فإنهم يؤدون اليمين أمام إحدى دوائر محكمة النقض .

أما ماعداهم من رجال القضاء ، فإنهم يؤدون اليمين أمام إحدى دوائر محاكم الإستئناف " المادة (٧١) من قانون السلطة القضائية المصري " .

ولم يشترط القانون الوضعي المصري فيمن يتولى القضاء أن يكون رجلا ، لأن الشروط جاءت عامة ، وتنطبق على الجنسين . لذا ، فقد اختلف فقه القانون الوضعي حول هذه المسألة .

فذهب جانب من فقه القانون الوضعي إلى عدم جواز تولية المرأة القضاء ، على أساس أن القضاء رسالة ، وليس وظيفة - كسائر الوظائف - يقتضي فيمن يتولاه صفات متعددة ، حتى يستطيع تحمل مشقته ، والمرأة بحكم تكوينها ، وبالنظر إلى طبيعتها ، لاتقوى على العمل الشاق ، والمرأة رقيقة العاطفة ، يسهل التأثير عليها ، كما أنها في الغالب تميل مع الهوى ، وتغلب دواعي العاطفة على مقتضى العقل ، والحكمة ،

التأثير عليها ، كما أنها فى الغالب تميل مع الهوى ، وتغلب دواعى العاطفة على مقتضى العقل ، والحكمة ، الأمر الذى يتعارض مع العمل بالقضاء .

ومناط تطبيق مبدأ المساواة بين المرأة ، والرجل فى مختلف المجالات ، هو عدم مخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء ، والتى تعتبر المصدر الرئيسى للتشريع المصرى ، بنص المادة الثانية من الدستور المصرى ، كما قيدت المادة الحادية عشرة من الدستور المصرى الحالى إعمال مبدأ المساواة فى عدم الاخلال بأحكام الشريعة الإسلامية الغراء .

بينما ذهبت غالبية فقه القانون الوضعى - وبحق - إلى جواز اشتغال المرأة بالقضاء ، لانطباق الشروط الواجب توافرها فيمن يولى القضاء فى مصر على كل من المرأة ، والرجل .

وأن المشرع الوضعى المصرى لو شاء أن يقصر وظائف القضاء على الرجال ، لنص على اعتبار الذكورة شرطا للتعيين .

ومنع اشتغال المرأة بالقضاء لايستند إلى أساس من القانون الوضعى المصرى ، فضلا عن مخالفته للأصول الدستورية .

والتقاليد هى وحدها التى حالت دون تولية المرأة القضاء فى مصر ، ولايجوز أن تقف التقاليد عقبة أمام تطبيق القانون الوضعى .

فقصر التعيين فى القضاء على الرجال يتعارض مع مبدأ المساواة ، والذى ورد النص عليه فى أكثر من موضع فى الدستور المصرى الحالى .

فالمادة (٤٠) من الدستور المصرى الحالى تنص على أنه :

" المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون فى الحقوق ، والواجبات العامة ، لاتمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة " . كما ورد نفس المعنى فى المادتين (١١) ، (١٤) من الدستور المصرى الحالى .

والمرأة المصرية قد اقتحمت كافة مجالات العمل ، ومارست مختلف أنواع العمل القانونى ، فهى تعمل بالمحاماه ، وتدريس القانون فى الجامعات ، وقضايا الدولة ، والنيابة الإدارية ، كما تعمل بالتحكيم والتحكيم قضاء ، ووصلت إلى كرسى الوزارة ، وأثبتت جدارتها فى التمثيل النيابى .

وإذا كان القضاء مظهرا من مظاهر سيادة الدولة ، ولايتولاه إلا من كان مصريا ، فإن الرجال ، والنساء يكونوا سواء فى التمتع بالجنسية المصرية ، والدول الأجنبية ، وبعض الدول العربية - كالمغرب ، والسودان - لاتفرق بين الرجل ، والمرأة بالنسبة للعمل بالقضاء .

ويجب أن يتوافر فى القاضى العديد من الصفات الفنية ، والأخلاقية .

فيجب أن يكون متصفا بالنزاهة التامة ، والإستقلال المطلق ، وضبط النفس والذكاء ، وأن يكون متمكنا من العلوم القانونية ، خبيرا بالقضاء ، وبالإنسان ، راجح العقل ، حسن الفهم ، دائم النظر فى أحوال البشر ، وفى نفسه هو خاصة ، وأن يكون فيلسوفا اجتماعيا ، واسع الإطلاع ، هادئ الفكر متواضعا ، فإذا أضيف إلى ذلك قدرته على مقاومة أهوائه ، واصلاح ذات نفسه ، كان جديرا أن يسمى قاضيا .

وتختلف الوظيفة القضائية عن غيرها من الوظائف الأخرى فى أن واجبات القاضى لاتقتصر على عمله ، وإنما تمتد إلى سلوكه ، ومسلكه خارج العمل ، لانعكاس ذلك على عمله .

ونتيجة لذلك ، فإن مايكون مباحا لغير القاضى من الموظفين ، يحظر عليه إتيانه ، حفاظا على كرامته وصيانة لهيبته ، وتأكيدا لاستقلاله .

ومن المحظورات العامة التى يمتنع على القاضى العام فى الدولة ممارستها : الإشتغال بالسياسة ، أو العمل بالتجارة ، أو مباشرة التحكيم ، دون الحصول على إذن بذلك من مجلس القضاء الأعلى .

كما توجد التزامات أخرى مهنية يجب على القاضى العام فى الدولة مراعاتها ، مثل حلف اليمين قبل ممارسة العمل ، والحفاظ عى سرية المداولات " المادة (٧٤) من قانون السلطة القضائية المصرى " ، ومراعاة ماتنص عليه المادة (٧٥) من قانون السلطة القضائية المصرى - فيما يتعلق بتشكيل الدوائر - من عدم جواز أن توجد صلة قرابة ، أو مصاهرة بين القضاة فى الدائرة الواحدة ، كذلك بين أحد القضاة ، وممثل النيابة العامة ، أو ممثل أحد الخصوم فى الدعوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها ، أو المدافع عنه .

كما يجب على القاضى العام فى الدولة أن يقيم فى البلد التى يكون فيها مقر عمله " المادة (٧٦) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

كما لايجوز للقاضى العام فى الدولة أن يتغيب ، أو ينقطع عن مقر عمله ، دون اخطار رئيس المحكمة " المادة (٧٧) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

ومن خير ضمانات القاضى العام فى الدولة تلك التى يستمدها من قراره نفسه ، وخير حصن يلجأ إليه هو ضميره .

فقبل أن تفتش على ضمانات القاضى العام فى الدولة ، فتش عن الرجل تحت وسام الدولة ، فلن يصنع الوسام منه قاضيا ، إن لم يكن له بين جنبيه نفس ، وعزة ، وكرامة ، وغضبة القاضى ، لسلطانه ، واستقلاله ، وهذه الحصانة الذاتية ، والعصمة النفسية هى أساس استقلال القضاء العام فى الدولة ، لاتخلقها نصوص قانونية وضعية ، إنما تقرر القوانين الوضعية الضمانات التى تؤكد هذا الحق ، وتعززه ، وتسد كل ثغرة قد ينفذ منها أهل السوء إلى استقلال القضاء ، وهى ضمانات وضعية ، تقف بجانب الحصانة الذاتية ، سدا فى وجه كل عدوان ، وضد كل انتهاك لحرمة استقلال القضاء العام فى الدولة ، بل هى السلاح بيد القوى الأمين ، يذود به عن استقلاله ، ويحمى حماه .

ومن أهم الضمانات التى تحرص كافة الدول الديمقراطية على توفيرها للقضاء هى الإستقلال ، وعدم القابلية للعزل ، وضمانات أخرى عديدة .

ويقصد باستقلال القاضى :

عدم خضوعه للضغوط ، وحمايته من ممارسة التأثير عليه من أية جهة ، وأن يتمتع بكامل الحرية فى تكوين رأيه ، وإصدار حكمه ، وهو مطمئنا على كرسيه ، آمنا على مصيره ، ودون أن تمارس عليه ضغوطا خارجية ، تفرض عليه آراء مسبقة ، وأن يصدر القاضى حكمه وهو متجرد

تماما من الأهواء ، والأغراض ، فلايقصد من الحكم سوى إقامة العدل ، وإحقاق الحق ، ودون أن يخشى في الله لومة لائم أو غضب حاكم .

وقد حرص الدستور المصرى الحالى على تأكيد استقلال القضاء ، والقضاة ، فتنص المادة (١٦٥) منه على أنه :

" السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، وتصدر أحكامها وفق القانون " .

كما تنص المادة (١٦٨) منه على أنه :

" القضاة مستقلون لاسلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ولايجوز لأية سلطة التدخل فى القضايا ، أو فى شئون العدالة " .

ولايكفى أن يكون القاضى مستقلا استقلالا وظيفيا . بمعنى ، ألا يخضع فى عمله لسلطة رئاسية ، تملى عليه مايقضى به فى الدعوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها ، وأن يكون خاضعا للقانون الوضعى الذى يقوم بتطبيقه ، بناء على مايمليه عليه ضميره ، واقتناعه ، وإنما يجب كذلك أن يكون القاضى مستقلا استقلالا شخصيا ، بمعنى تأمينه من الحاجة ، وتحريره من الخوف ، بالنص على ضمانات قانونية .

ولايتعارض مع استقلال القاضى فرض نوعا من الرقابة الخارجية لاتمس قراره ، ولاتؤثر عليه فى تكوين اقتناعه ، وإنما تراقب سلوكه ، أو فرض نوعا من الرقابة موضوعية عليه ، تتمثل فى طرق الطعن فى الأحكام القضائية الصادرة منه ، لأنها لاتصدر عن سلطة رئاسية ، وإنما هى رقابة لاحقة على صدور الحكم القضائى .

والقضاة غير قابلين للعزل . ويقصد بعدم قابلية القضاة للعزل :

عدم جواز فصل القاضى ، أو ابعاده عن عمله القضائى بارادة الحكومة ، ويعتبر هذا من المبادئ الأساسية فى النظام القضائى ، لأنه يؤكد استقلال القضاء ، ويحمى القضاة من الفصل التعسفى ، أو العزل غير المبرر ، إذا لم تصادف أحكامه هوى الحكومة ، وقد أخذت بمبدأ عدم قابلية القضاة للعزل معظم دول العالم ، وضمنته فى دساتيرها ، وقد ورد النص عليه فى الدستور المصرى الحالى ، فى المادة (١٦٨) منه ، والتى تنص على أنه :

" القضاة غير قابلين للعزل ، وينظم القانون مساءلتهم تاديبيا " .

كما ورد النص عليه أيضا فى قانون السلطة القضائية المصرى ، فى المادة (٦٧) منه ، والتى تنص على أنه :

" مستشارو محكمة النقض ومحاكم الإستئناف والرؤساء بالمحاكم الإبتدائية وقضاتها غير قابلين للعزل ، ولاينقل مستشارو محكمة النقض إلى وظائف أخرى إلا برضائهم " .

ويطبق مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل على جميع القضاة ، وأعضاء النيابة العامة - عدا معاونى النيابة - " المادة (٦٧) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

ولايمثل مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل امتيازا شخصيا لهم ، ولايهدف إلى جعل الوظيفة القضائية ملكا لهم ، تكفل استمرارهم فى عملهم ، مهما شاب سلوكهم من مآخذ ، أو ماارتكبوا من أخطاء ، وإنما يهدف إلى حماية القاضى العام فى الدولة فى مواجهة الحكومة ، من احتمالات النقل التعسفى ، أو العزل من الوظيفة بغير الطريق التأديبى .

فيخضع القاضى العام فى الدولة لما يخضع له سائر الموظفين ، من حيث الإحالة إلى المعاش ، فهو يحال إلى المعاش ببلوغه سنا معينة ، كما يمكن أن يحال مبكرا ، إذا تبين عجزه لأسباب صحية عن القيام بوظيفته على وجه لائق " المادة (١/٩١) من قانون السلطة القضائية المصرى " ، ويجوز إحالته إلى المعاش ، أو نقله لوظيفة غير قضائية ، بسبب عدم صلاحيته ، أو عدم كفاءته لأداء الوظيفة القضائية " المادتان (١١١) ، (١١٢) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

كما يمكن للقاضى العام فى الدولة أن يستقيل من عمله .

ويرتب قانون السلطة القضائية المصرى حكمين على استقالة القاضى العام فى الدولة ، على خلاف المعمول به فى قانون العاملين بالدولة ، وهما :

الحكم الأول :

اعتبار استقالة القاضى العام فى الدولة مقبولة من تاريخ تقديمها للسيد وزير العدل المصرى ، وليس من تاريخ الموافقة عليها - إذا كانت غير مقترنة ، أو معلقة على شرط .

والحكم الثانى :

لا يترتب على استقالة القاضى العام فى الدولة سقوط حقه فى المعاش ، أو المكافأة " المادة (٧٠) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

ولايكفى النص القانونى الوضعى المصرى على مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل ، مالم يصاحبه وضع قواعد ثابتة ، ومحددة تنظم نقلهم ، حتى لايفاجأ القاضى العام فى الدولة بنقله إلى منطقة نائية ، عقابا له ، أو كوسيلة تهديد ، حتى يرضخ لرغبات الحكومة .

لذا ، فإن معظم دساتير العالم تقرن ضمانة عدم قابلية القضاة للعزل بضمانة عدم قابليتهم للنقل ، لأنهما يكونان بمنزلة واحدة ، بالنسبة لاستقلال القضاء .

فيجب أن يكون نقل القضاة بناء على قواعد محددة سلفا ، حتى لايكون نقل القضاة سلاحا لترهيبهم ، أو أداة لترغيبهم .

وقد وضع المشرع الوضعى المصرى قواعد محددة لنقل القضاة ، وهى :

القاعدة الأولى :

رؤساء دوائر محكمة استئناف القاهرة ، ومستشاروها ، لايجوز نقلهم إلى محكمة أخرى إلا برضائهم ، وموافقة مجلس القضاء الأعلى " المادة (١/٥٤) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

أما مستشارو محاكم الإستئناف الأخرى ، فيكون نقلهم إلى محكمة استئناف القاهرة ، تبعا لأقدمية التعيين

، بمراعاة أن يكون النقل من محكمة استئناف أسيوط إلى محكمة استئناف بنى سويف ، ثم إلى الإسماعيلية ، ثم إلى المنصورة ، ثم إلى طنطا ، ثم إلى الأسكندرية ، ويكون النقل بقرار من السيد رئيس الجمهورية ، وبموافقة مجلس القضاء الأعلى " المادة (٤/٥٤) من قانون السلطة القضائية المصرى " . ويعتبر تاريخ النقل هو تاريخ تبليغ القاضى العام فى الدولة بالقرار " المادة (٤/٥٤) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

والقاعدة الثانية :

الرؤساء ، والقضاة بالمحاكم الإبتدائية ينقلون بقرار من السيد رئيس الجمهورية - بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى - والذى يحدد فيه المحاكم التى يلحقون بها ، ويعتبر تاريخ النقل من تاريخ التبليغ بالقرار " المادة (٥٣) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

وينقل القاضى العام فى الدولة ، أو الرئيس بالمحكمة إذا أمضى خمس سنوات فى محاكم القاهرة ، والأسكندرية ، والجيزة ، وبنها ، وأربع سنوات فى محاكم بنى سويف ، والفيوم ، والمنيا وباقى محافظات الوجه البحرى ، وسنتين فى محاكم أسيوط ، وسوهاج ، وقنا ، وأسوان " المادة (١/٥٩) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

ويجوز بناء على طلب القاضى ، أو رئيس المحكمة ، وموافقة مجلس القضاء الأعلى ألا ينقل إلى محاكم المنطقة الأولى ، ليبقى فى المنطقة الثانية أو الثالثة ، أو ألا ينقل إلى محاكم المنطقة الثانية ، ليبقى فى المنطقة الثالثة " المادة (٢/٥٩) من قانون السلطة القضائية المصرى " ، ويستثنى من قيد المدة بالنسبة لمحكمتى القاهرة ، والأسكندرية القضاة ، والرؤساء بالمحاكم الحاصلون فى آخر تقدير كفايتهم على درجة كفء ، بشرط أن يكون تقديرهم السابق بدرجة فوق المتوسط " المادة (٣/٥٩) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

وحماية لاستقلال القضاء العام فى الدولة ، وتوفير الطمأنينة ، والأمان لأعضائه ، وعملا على استقرارهم فقد وضع المشرع الوضعى المصرى ضوابط تنظم ندب القضاة ، وهى

الضابط الأول :

يجوز للسيد وزير العدل - عند الضرورة - أن يندب مؤقتا للعمل بمحكمة النقض أحد مستشارى محاكم الإستئناف - ممن تتوافر فيهم شروط التعيين فى وظيفة مستشار بمحكمة النقض - لمدة ستة أشهر ، قابلة للتجديد لمدة أخرى ، بعد أخذ رأى الجمعية العامة للمحكمة التابع لها ، والجمعية العامة لمحكمة النقض ، وموافقة مجلس القضاء الأعلى " المادة (٥٥) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

الضابط الثانى :

يجوز للسيد وزير العدل - عند الضرورة - أن يندب أحد مستشارى محاكم الإستئناف للعمل فى محكمة استئناف غير المحكمة التابع لها ، لمدة لاتتجاوز ستة أشهر ، قابلة للتجديد لمدة أخرى ،

بعد أخذ رأى الجمعية العامة للمحكمة التابع لها ، وبعد موافقة مجلس القضاء الأعلى " المادة (٥٦) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

الضابط الثالث :

يجوز للسيد وزير العدل أن يندب أحد مستشارى محاكم الإستئناف مؤقتا للعمل بالنيابة العامة ، لمدة لاتجاوز ستة أشهر ، قابلة للتجديد لمدة أخرى ، بعد أخذ رأى الجمعية العامة للمحكمة التابع لها ، وموافقة مجلس القضاء الأعلى " المادة (١/٥٧) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

الضابط الرابع :

يجوز للسيد وزير العدل – عند الضرورة – أن يندب أحد مستشارى محاكم الإستئناف مؤقتا لرئاسة إحدى المحاكم الإبتدائية ، لمدة لاتجاوز ستة أشهر ، قابلة للتجديد ، لمدة أخرى ، بعد أخذ رأى الجمعية العامة للمحكمة التابع لها ، وموافقة مجلس القضاء الأعلى " المادة (٢/٥٧) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

الضابط الخامس :

يجوز للسيد وزير العدل – عند الضرورة – أن يندب الرؤساء ، والقضاة بالمحاكم الإبتدائية لمحاكم غير محاكمهم ، لمد لاتتجاوز ستة أشهر ، قابلة للتجديد لمدة أخرى ، بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى " المادة (٥٨) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

الضابط السادس :

يجوز ندب القاضى العام فى الدولة مؤقتا للقيام بأعمال قضائية ، أو قانونية غير عمله أو بالإضافة إلى عمله ، بقرار من السيد وزير العدل ، بعد أخذ رأى الجمعية العامة للمحكمة التابع لها ، وموافقة مجلس القضاء الأعلى ، على أن يتولى المجلس المذكور وحده تحديد المكافأة التى يستحقها القاضى العام فى الدولة عن هذه الأعمال بعد انتهائها " المادة (٦٢) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

والضابط السابع :

لايجوز ندب القاضى العام فى الدولة ليكون محكما – ولو بغير أجر – بدون موافقة مجلس القضاء الأعلى – ولو كان النزاع غير مطروح على القضاء – إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه ، أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة بدخول الغاية " المادة (٢/٦٣) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

كما لايجوز بغير موافقة المجلس المذكور ندب القاضى ليكون محكما عن الحكومة ، أو إحدى الهيئات العامة متى كان طرفا فى نزاع يراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم . وعندئذ ، يتولى هذا المجلس وحده تحديد المكافأة التى يستحقها القاضى " المادة (٢/٦٣) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

فمن المسلم به أن أطراف المنازعة المراد الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم يستطيعون اختيار محكميهم من بين موظفى الدولة ، وعمالها .

إذ كثيرا مايتفق الأطراف المحتكمون على تحكيم بعض مهندسي الحكومة في المنازعات التي يمكن أن تنشأ ، أو نشأت فعلا بين المقاولين ، وأرباب الأعمال .

وقد يكون محكما من يكون من بين موظفي المحاكم - كالمحضر والكاتب ، وغيرهما .

والقانون الوضعي المصري - كأصل عام - لم يجز تحكيم القضاة ، ولو كان ذلك بغير أجر ، أو كان النزاع غير مطروح على القضاء العام في الدولة ، حيث أن المادة (٢/٦٣) من قانون السلطة القضائية المصرى رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢ - وتعديلاته المتلاحقة ، والتي كان آخرها القانون الوضعي المصرى رقم (١٣٥) لسنة ١٩٨٤ - قد منعت - كأصل عام - اختيار القضاة كمحكمين ، على أساس أن التحكيم يكون في مقابل أتعاب ، والتي قد تكون مرتفعة ، مما يؤثر على استقلال القضاة ، وخضوعهم لتأثير الأشخاص ذوى النفوذ ، والقدرة الإقتصادية ، كما أنه يخشى أن يهتم القضاة بعملهم كمحكمين على حساب عملهم كقضاه .

ومع ذلك ، فإنه يجوز اختيار القضاة كمحكمين في حالتين :

الحالة الأولى :

إذا أجاز لهم مجلس القضاء الأعلى ذلك .

والحالة الثانية :

إذا كان أحد أطراف النزاع قريبا للقاضي العام في الدولة ، أو صهرا له لغاية الدرجة الرابعة ، فإنه يجوز تحكيمه في هذا النزاع ، ولو بغير موافقة مجلس القضاء الأعلى ، شريطة أن يكون قريب القاضي خصما حقيقيا في النزاع . فإذا لم يكن كذلك ، واختصم ، أو تدخل لمجرد تحليل تعيين القاضي العام في الدولة محكما ، كان التحكيم باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام في مصر ، ولايشترط أن يكون جميع الخصوم من أقارب القاضي ، بل يكفي فقط أن يكون أحد أطراف الخصومة من أقاربه .

والمنع المتقدم يتصل بالقضاة ، والمستشارين ، ولايتصل بأعضاء النيابة العامة ، فيجوز اختيار أعضاء النيابة العامة - وعلى اختلاف درجاتهم - محكمين .

ويجب ألا تزيد مدة ندب القاضي لغير عمله القضائي عن ثلاث سنوات متصلة ، وأن يخضع الندب لرقابة محكمة النقض ، حماية لحقوق القضاة ، والمتقاضين ، وأن يكون ندب القاضي العام في الدولة بموافقته ، حتى لايتخذ ندب القاضي سبيلا للمساس باستقلاله ، ووسيلة لإبعاده عن عمله القضائي .

وقد وضع قانون السلطة القضائية المصرى ضوابطا لإعارة القضاة إلى البلاد العربية ، أو الحكومات ، والهيئات الأجنبية ، وأخضعه لرقابة مجلس القضاء الأعلى ، والذي عليه أن يتحقق من طبيعة عمل القضاة في الدولة ، أو الجهة المعارون إليها ، ومن كفاية المرتبات التي يتقاضونها ، حفاظا على هيبتهم ، وكرامتهم ، وصيانة لحقوقهم .

ومن ضمانات إعارة القضاة إلى البلاد العربية ، أو الحكومات والهيئات الأجنبية – والتى يجب مراعاتها – عدم السماح للدول ، أو الهيئات الأجنبية التى يعار إليها القضاة تحديد أشخاص القضاة المعارين بذواتهم ، تحقيقا للمساواة بين جميع القضاة ، وإغلاق باب الإعارات الشخصية .

ويجوز إعارة القضاة إلى البلاد العربية ، أو الحكومات الأجنبية أوالهيئات الدولية بقرار من السيد رئيس الجمهورية – بعد أخذ رأى الجمعية العامة للمحكمة التابع لها القاضى العام فى الدولة ، وموافقة مجلس القضاء الأعلى – وفى جميع الأحوال ، لايجوز أن تزيد مدة إعارة القضاة إلى البلاد العربية ، أو الحكومات الأجنبية ، أوالهيئات الدولية عن أربع سنوات " المادة (٦٥ /١) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

ويجوز أن تزيد مدة إعارة القضاة إلى البلاد العربية ، أو الحكومات الأجنبية ، أوالهيئات الدولية عن أربع سنوات ، إذا اقتضت ذلك مصلحة قومية يقدرها السيد / رئيس الجمهورية " المادة (٢/٦٥) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

وتعتبر مدة إعارة القضاة إلى البلاد العربية ، أو الحكومات الأجنبية ، أوالهيئات الدولية متصلة إذا تتابعت أيامها ، أو فصل بينها فاصلا زمنيا يقل عن خمس سنوات " المادة (١/٦٦) من قانون السلطة القضائية المصرى .

كما حدد قانون السلطة القضائية المصرى قواعد يجب مراعاتها عند ترقية القضاة ، حفاظا على استقلالهم ، ومنعا من تأثير الحكومة عليهم ، فلم يشأ أن يترك أمر ترقيتهم فى يد الحكومة ، حتى لاتستخدمها وسيلة لترغيبهم ، أو ترهيبهم ، فترقى من تلاقى أحكامهم هواها ، وتترك من تغضب عليهم دون ترقية ، فتصبح ترقية القضاة بذلك سيفا مسلطا على رقابهم ، فيختل ميزان العدالة ، ولايتحقق استقلال القضاة .

ومن الضمانات التى حددها قانون السلطة القضائية المصرى ، والتى تحكم عملية ترقية القضاة ، مايلى :

الضمانة الأولى :

أن تكون ترقية القضاة بقرار من السيد / رئيس الجمهورية ، بعد موافقة ، أو أخذ رأى مجلس القضاء الأعلى – بحسب الأحوال – " المادة (٤٤) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

الضمانة الثانية :

يجب أن تكون ترقية القضاة بحسب الأقدمية ، والكفاءة " المادة (٤٩) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

الضمانة الثالثة :

يمكن أن تكون ترقية القضاة بناء على الكفاءة ، والأهلية .

فيجوز ترقية القضاة ، والرؤساء بالمحاكم الإبتدائية ، ومن فى حكمهم من رجال النيابة العامـــة للكفايـــة الممتازة ، ولو لم يحل دورهم فى الترقية ، متى أمضوا فى وظائفهم سنتين على الأقل ، وبشرط ألا تزيد نسـبة من يرقى منهم لهذا السبب على ربع عدد الوظائف الخالية فى كل درجة خلال سنة مالية كاملة ، ويكـــون اختيارهم بترتيب الأقدمية فيما بينهم ، تشجيعا للعناصر الممتازة من رجال القضاء ، وخلق روح المنافسة ، ودفعهم إلى بذل مزيد من الجهد ، لتحقيق مستوى أرفع من الكفاءة .

الضمانة الرابعة :

حرصت المادة (٤/٤٩) من قانون السلطة القضائية المصرى على وضع معيار ثـــابت لقياس الكفاية الممتازة للقضاة ، حيث نصت على أنه :

" ويعتبر من ذوى الكفاية الممتازة القضاء والرؤساء بالمحاكم الحاصلون فى آخر تقديرين لكفايتهم علـى درجة كفء أحدهما على الأقل عن عملهم فى القضاء ، بشرط ألا تقل تقديراتهم السابقة جميعا عن درجـة فوق المتوسط " .

الضمانة الخامسة :

يقوم السيد وزير العدل المصرى – قبل عرض مشروع الحركة القضائية على مجلـس القضاء الأعلى بثلاثين يوما على الأقل – بإخطار رجال القضاء ، والنيابة العامة الذين حل دورهـــم ، ولم تشملهم الحركة القضائية بشئ غير متصل بتقارير الكفاية التى فصل فيها ، وفقا للمادة (٨١) من قـانون السلطة القضائية المصرى ، أو فات ميعاد التظلم منها ، فى خلال خمس عشر يوما ، بالإخطار عن أســـباب التخطى ، ولمن أخطر الحق فى التظلم فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإخطار ، ويتم هـــذا الإخطـــار بموجب كتاب مسجل ، مصحوب بعلم الوصول " المادة (٢/٧٩) من قانون السلطة القضائية المصرى "

والضمانة السادسة :

جعلت المادة (٦/٤٤) من قانون السلطة القضائية المصرى الترقية تبدأ من تـــاريخ موافقة ، أو أخذ رأى مجلس القضاء الأعلى ، وليس من تاريخ صدور قرار السيد / رئيس الجمهورية .

ويعتبر مرتب القاضى العام فى الدولة ، وكفايته ضمانة هامة من ضمانـــات حســـن أداء العدالـــة ، وتحرص معظم الدول على كفالة الحياة الكريمة ، والآمنة للقضاة ، حـــتى لاينشـــغلوا بأعبـــاء الحيـــاة ، ومتطلبات المعيشة .

ولتحقيق الإستقرار المالى ، والنفسى للقضاة لايكفى إفراد كادر خاص لهم ، وإنما يجب كذلك أن تنفـــرد السلطة القضائية بإعداد ميزانيتها بعيدا عن رقابة كل من السلطتين التنفيذية ، والتشريعية ، للحيلولـة دون المساس بالقضاء ، والمساومة على استقلاله ، من خلال التحكم فى مرتبات القضاة .

كما يجب أن يرتبط التغير فى جدول مرتبات القضاء ارتباطا آليا بارتفاع مستوى المعيشة ، وفقا للمعايـــير المعترف بها دوليا ، بحيث يسرى تعديل المرتبات بانتظام أول كل عام ، طبقا لقرار يصدره مجلس القضـــاء الأعلى .

ويتعرض القاضى العام فى الدولة للمساءلة التأديبية إذا أخل بواجباته الوظيفية .

وقد نظم قانون السلطة القضائية المصرى المساءلة التأديبية للقضاة ، وحدد الحالات التى يجوز فيها مساءلتهم ، بما يحفظ حقوقهم ، ويحمى استقلالهم ، وترك للقاضى العام فى الدولة الحرية الكاملة فى إبداء رأيه ، وتكوين اقتناعه ، فى الدعاوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها ، وإصدار الأحكام القضائية فيها ، دون أن يعرضه ذلك للمسئولية التأديبية ، ولو ألغى الحكم القضائى الصادر منه فى الدعوى القضائية من محكمة الطعن .

وإذا ارتكب القاضى العام فى الدولة مخالفة تأديبية – بأن أخل بواجباته الوظيفية ، أو سلك سلوكا يتعارض مع مقتضيات الوظيفة القضائية – فإن الإجراء الذى يتخذ ضده يختلف حسب نوع الخطأ الذى ارتكبه ، وحجمه .

فإذا كان الخطأ بسيطا فإن رئيس المحكمة يقوم – من تلقاء نفسه ، أو بناء على قرار من الجمعية العامة للمحكمة – بتنبيه القاضى العام فى الدولة إلى ماصدر منه مخالفا لواجبات ، أو مقتضيات وظيفته ، بعد سماع أقواله ، ويكون التنبيه شفاهة ، أو كتابة . وفى الحالة الأخيرة ، يبلغ صورته للسيد / وزير العدل " المادة (١/٩٤) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

ويجوز للقاضى العام فى الدولة أن يعترض على التنبيه الصادر إليه كتابة من رئيس المحكمة ، بطلب يرفع خلال أسبوع من تاريخ تبليغه إياه ، إلى اللجنة المنصوص عليها فى قانون مجلس القضاء الأعلى ، ولهذه اللجنة إجراء تحقيقا عن الواقعة التى كانت محلا لتنبيه القاضى العام فى الدولة ، أو تندب لذلك أحد أعضائها ، بعد سماع أقوال القاضى العام فى الدولة ، ولها أن تؤيد التنبيه ، أو تعتبره كأن لم يكن ، وتبلغ قرارها إلى السيد / وزير العدل ، ولايجوز لمن أصدر التنبيه أن يكون عضوا بهذه اللجنة " المادة (٣/٩٤) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

أما إذا تكررت المخالفة ، أو استمرت بعد صيرورة التنبيه نهائيا ، فإن الدعوى القضائية التأديبية ترفع على القاضى العام فى الدولة " المادة (٥/٩٤) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

وإذا ارتكب القاضى خطأ كبيرا ، فإن الدعوى القضائية التأديبية تقام عليه .

وقد أحاط قانون السلطة القضائية المصرى المحاكمة التأديبية للقضاة بضمانات عديدة ، وأهمها :

الضمانة الأولى :

لاتقام الدعوى القضائية التأديبية على القاضى العام فى الدولة إلا من النائب العام ، وبناء على طلب من السيد / وزير العدل – من تلقاء نفسه ، أو بناء على اقتراح من رئيس المحكمة التى يتبعها القاضى العام فى الدولة " المادة (٩٩) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

وإذا لم يقم النائب العام برفع الدعوى القضائية التأديبية خلال ثلاثين يوما من تاريخ الطلب ، كان لمجلس التأديب أن يتولى بنفسه الدعوى القضائية التأديبية بقرار يبين فيه الأسباب " المادة (٣/٩٩) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

الضمانة الثانية :

يشكل مجلس تأديب القضاة برياسة رئيس محكمة النقض ، وعضوية أقـدم ثلاثـة مـن رؤساء محاكم الإستئناف ، وأقدم ثلاثة من مستشارى محكمة النقض " المادة (١/٩٨) من قانون السـلطة القضائية المصرى " .

ولاتقام الدعوى القضائية التأديبية على القاضى العام فى الدولة إلا بعـد إجـراء تحقيـق جنـائى ، أو إدارى ، يتولاه أحد نواب رئيس محكمة النقض ، أو رئيس محكمة الإستئناف ، يندبه السـيد / وزيـر العدل ، بالنسبة للمستشارين ، أو مستشارا من إدارة التفتيش القضائى ، بالنسـبة للرؤسـاء بالمحـاكم الإبتدائية ، وقضاتها .

الضمانة الثالثة :

تنقضى الدعوى القضائية التأديبية باستقالة القاضى العام فى الدولة ، أوإحالته إلى المعـاش " المادة (١٠٤) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

الضمانة الرابعة :

تكون جلسات المحاكم التأديبية سرية " المادة (١٠٦) من قانون السـلطة القضائيـة المصرى " .

ويجب أن يكون الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية التأديبية مشتملا على الأسباب التى بـنى عليها ، وأن تتلى أسبابه عند النطق به فى جلسة سرية ، ولايجوز الطعن فيه بأى طريق من طـرق الطعـن " المادة (١٠٧) من قانون السلطة القضائية المصرى " . كما لايجوز نشره " المادة (١١٠) من قـانون السلطة القضائية المصرى "

والضمانة الخامسة :

لايجوز الحكم على القاضى العام فى الدولة إلا بإحدى عقوبتين : اللوم ، أو العـزل من الوظيفة " المادة (١٠٨) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

وقد حدد قانون السلطة القضائية المصرى ضمانات ، وإجراءات خاصة يجب مراعاتها فى حالة ارتكـاب القاضى العام فى الدولة جناية ، أو جنحة ، حفاظا على استقلاله ، وخوفا من اتخاذ إجـراءات الإتهـام ، والتحقيق ، أو المحاكمة ذريعة للنيل منه ، والتنكيل به ، ومن هذه الضمانات ، مايلى :

الضمانة الأولى :

يتولى مجلس القضاء الأعلى تعيين المحكمة المختصة بالفصل فى الجنح أو الجنايات الـتى قد تقع من القضاة ، ولو كانت غير متعلقة بوظائفهم ، ولاتتقيد المحكمة بقواعـد الإختصـاص القضـائى العامة بالنسبة للمكان " المادة (٩٥) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

الضمانة الثانية :

لايجوز القبض على القاضى العام فى الدولة ، وحبسه إحتياطيا – فى غير حالات التلبس – إلا بعد الحصول على إذن بذلك من مجلس القضاء الأعلى " المادة (١/٩٦) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

وفى حالات التلبس ، فإنه يجب على النائب العام عند القبض على القاضى العام فى الدولة ، وحبسه أن يرفع الأمر إلى مجلس القضاء الأعلى فى مدة الأربع والعشرين ساعة التالية . ولمجلس القضاء الأعلى أن يقرر إما استمرار حبس القاضى العام فى الدولة ، أو الإفراج عنه بكفالة ، أو بغير كفالة . وللقاضى العام فى الدولة أن يطلب سماع أقواله عند عرض الأمر على مجلس القضاء الأعلى " المادة (٢/٩٦) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

ويحدد مجلس القضاء الأعلى مدة الحبس فى القرار الذى يصدر بحبس القاضى العام فى الدولة ، أو استمراره ، وتراعى الإجراءات السابقة كلما رؤى استمرار الحبس الإحتياطى ، بعد انقضاء المدة التى قررتها اللجنة " المادة (٣/٩٦) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

الضمانة الثالثة :

فيما عدا حالة التلبس ، لايجوز اتخاذ أى إجراء من إجراءات التحقيق مع القاضى العام فى الدولة ، أو رفع الدعوى الجنائية ، أو جنحة عليه ، إلا بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى ، وبناء على طلب من النائب العام " المادة (٤/٩٦) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

والضمانة الرابعة :

يجب حبس القضاة ، وتنفيذ العقوبات السالبة للحرية بالنسبة لهم فى أماكن مستقلة عن الأماكن المخصصة لحبس السجناء الآخرين " المادة (٥/٩٦) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

كما حدد قانون السلطة القضائية المصرى قواعد خاصة للقضاة فى التظلم ، والطعن فى القرارات الخاصة بشئونهم ، أذكر منها :

القاعدة الأولى :

يجب أن يحاط القضاة علما بكل مايودع فى ملف خدمتهم من ملاحظات ، أو أوراق أخرى " المادة (٣/٧٨) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

القاعدة الثانية :

يجب على السيد / وزير العدل إخطار القاضى العام فى الدولة ، أو عضو النيابة العامة الذى ينال تقدير متوسط ، أوأقل من المتوسط بدرجة كفايته ، بمجرد انتهاء إدارة التفتيش من تقدير كفايته ، لتمكينه من التظلم من التقدير فى ميعاد خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره " المادة (١/٧٩) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

وللقاضى العام فى الدولة الذى حل دوره فى الترقية ، ولم تشمله الحركة القضائية التظلم من قرارات تخطيه فى الترقية ، على النحو المتبع بالنسبة للتظلم من تقدير كفايته .

والقاعدة الثالثة :

خصصت دوائر المواد المدنية ، والتجارية بمحكمة النقض – دون غيرها – للفصل فى الطلبات التى يقدمها رجال القضاء العام فى الدولة ، والنيابة العامة بالغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأى شأن من شئونهم – فيما عدا النقل ، والندب – متى كان مبنى الطلب عيبا فى الشكل ، ومخالفة القوانين ، واللوائح ، أو خطأ فى تطبيقها ، أو تأويلها ، أو اساءة استعمال السلطة " المادة (١/٨٣) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

كما تختص الدوائر السابقة – دون غيرها – بالفصل فى طلبات التعويض عن تلك القرارات " المادة (٢/٨٣) من قانون السلطة القضائية المصرى " ، والفصل فى المنازعات الخاصة بالمرتبات ، والمعاشات ، والمكافآت المستحقة لرجال القضاء العام فى الدولة ، والنيابة العامة ، أو لورثتهم " المادة (٨٣/ ٣) من قانون السلطة القضائية المصرى " .

ولايكتمل استقلال القضاء ، إلا إذا اختص القضاء وحده بإدارة شئونه ، وتسيير أموره بنفسه .

، وقد حرصت كافة الدول الديمقراطية على انشاء مجلس أعلى للقضاء ، يتشكل بكامله من القضاة ، تكون له الهيمنة ، والسيطرة على كل مايتعلق بالقضاء العام فى الدولة ، والقضاة .

وفى مصر ، أنشئ أول مجلس أعلى للقضاء سنة ١٩٣٦ ، بالمرسوم الملكى رقم (٣١) لسنة ١٩٣٦ ، وكان هذا المجلس برياسة السيد / وزير العدل المصرى ، وعضوية أربعة ، وهم : رئيس محكمة النقض ، ورئيس محكمة استئناف القاهرة ، ووكيل وزارة العدل ، والنائب العام ، وأربعة بالإنتخاب من مستشارى محكمتى النقض ، واستئناف القاهرة ، إلا أن هذا المرسوم قد سقط لعدم عرضه صحيحا على البرلمان .

لذا ، فقد أصدر السيد / وزير العدل المصرى بتاريخ السابع من ديسمبر سنة ١٩٣٨ قرارا بإنشاء لجنة مؤقتة ، تبدى الرأى فى تعيين القضاة ، إلى أن صدر قانون استقلال القضاء الأول رقم (٦٦) لسنة ١٩٤٣ ، والذى نص على إنشاء مجلس القضاء الأعلى ، والمشكل برياسة رئيس محكمة النقض ، وعضوية الوكيل الدائم لوزارة العدل ، ورئيس محكمة استئناف القاهرة ، تنتخبه جمعيتها العمومية لمدة سنتين ، ورئيس محكمة القاهرة الإبتدائية ،

وقد حرصت ثورة (٢٣) يوليو سنة ١٩٥٢على وجود مجلس أعلى للقضاء ، يتولى كل مايتعلق بشئون القضاة .

وقد تضمنت جميع قوانين السلطة القضائية فى مصر موادا تنظم مجلس القضاء الأعلى ، بداية من القانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٢ ، ثم القانون الوضعى المصرى رقم (٥٦) لسنة ١٩٥٩ ، والقانون الوضعى المصرى رقم (٧٤) لسنة ١٩٦٣ ، وانتهاء بالقانون الوضعى المصرى رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٥ ، والذى استمر العمل به إلى أن ألغى بالقرار الجمهورى الصادر بقانون رقم (٨٢) لسنة ١٩٦٩ ، والذى صدر بتاريخ الحادى ، والثلاثين من شهر أغسطس سنة ١٩٦٩ ، ونصت مادته الأولى

على إنشاء المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، وإلغاء مجلس القضاء الأعلى ، كما نصت مادته الثالثة على أن يرأس المجلس الأعلى للهيئات القضائية السيد / رئيس الجمهورية ، وعضوية كل من السيد / وزير العدل – نائبا للرئيس – وكل من رئيس المحكمة العليا ، ورئيس محكمة لنقض ، ورئيس مجلس الدولة ، ورئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام ، ورئيس إدارة قضايا الحكومة " هيئة قضايا الدولة حاليا " ومدير النيابة الإدارية ، وأقدم نواب رئيس مجلس الدولة ، ورئيس محكمة القاهرة الإبتدائية ، ويجوز للسيد / رئيس الجمهورية أن يعين بالمجلس عضوين آخرين ممن سبق لهم العمل بالهيئات القضائية في وظيفة مستشار ، أو مايعادلها على الأقل ، ويكون تعيينهم لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد .

ويتولى المجلس الأعلى للهيئات القضائية الإشراف على الهيئات القضائية ، والتنسيق فيما بينها ، وإبداء الرأي في جميع المسائل المتعلقة بهذه الهيئات ، كما يتولى دراسة ، واقتراح التشريعات الخاصة بتطوير النظم القضائية ، وقد تعرض المجلس الأعلى للهيئات القضائية للنقد ، سواء من حيث تشكيله ، أو من حيث اختصاصاته ، فقيل بانعدام القرار بقانون رقم (٨٢) لسنة ١٩٦٩ في شأن المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، لصدوره بعد انتهاء التفويض ، وفي موضوع يخرج بشكل ظاهر عن نطاق التفويض ، وتعيبه بعيب عدم مشروعية ركني السبب المبرر لإصداره ، والغاية التي يسعى لتحقيقها ، واغتصابه سلطة التشريع في مسائل تتصل بحقوق القضاة ، وحصاناتهم ، وضماناتهم ، وباستقلال القضاء العام في الدولة ، مما لايجوز تنظيمه وفقا لقرار يكون صادرا بقانون .

وقد استجاب المشرع الوضعي المصري لهذا لنقد ، وأعاد إنشاء مجلس القضاء الأعلى ، بالقانون الوضعي المصري رقم (٣٥) لسنة ١٩٨٤ ، والخاص بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية المصري الصادر بالقانون الوضعي المصري رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢ .

ويشكل مجلس القضاء الأعلى برياسة رئيس محكمة النقض ، وعضوية كل من رئيس محكمة استئناف القاهرة ، والنائب العام ، وأقدم اثنين من نواب رئيس محكمة النقض ، وأقدم اثنين من رؤساء محاكم الإستئناف الأخرى " المادة (٧٧) مكرر من قانون السلطة القضائية المصري " .

ويختص مجلس القضاء الأعلى بنظر كل مايتعلق بتعيين ، ترقية ، نقل ، ندب ، وإعارة رجال القضاء ، والنيابة العامة ، وكذا سائر شئونهم .

كما يجب أخذ رأيه في مشروعات القوانين المتعلقة بالقضاء العام في الدولة ، والنيابة العامة .

ومن أهم ضمانات العدالة أن يكون القاضي العام في الدولة محايدا بين الخصوم ، تتوافر فيه شروط الحياد ، وتنتفي لديه مؤثرات الإنحياز إلى جانب أحد الخصوم في الدعوى القضائية ، لأن القاضي العام في الدولة يمكن أن يتأثر في حكمه بظروفه الشخصية ، والعائلية ومصالحه المالية ، فيختل ميزان العدالة ، وتثار الشبهات ، والشكوك حوله .

لذا ، تحرص تشريعات القضاء المدني على معاجة مشكلة حياد القاضي العام في الدولة ، بالنص على أنظمة مختلفة تضمن حياده ، وتتدرج حسب درجة صلته بالخصوم في الدعوى القضائية ، أو بموضوع النزاع المعروض عليه ، للفصل فيه .

فقد حددت المادة (١/١٤٦) من قانون المرافعات المصرى عدة أسباب وافترضت عدم صلاحية القاضى العام فى الدولة لنظر الدعوى القضائية ، المعروضة عليه ، للفصل فيها ، واعتباره ممنوعا من سماعها ، ولو لم يرده أحد الخصوم فى الدعوى القضائية ، إذا توافرت إحداها ، لأنها تكون من القوة ، بحيث لايأمن معها حياد القاضى العام فى الدولة .

ولو استمر القاضى العام فى الدولة فى نظر الدعوى القضائية المعروضة عليه ن للفصل فيها ، بالرغم من توافر سبب من أسباب عدم صلاحيته لنظرها ، فإن الحكم القضائى الصادر منه عندئذ يكون باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، ولو قبله الخصوم فى الدعوى القضائية ، أو حاز على رضائهم . ويجوز – فى رأى – رفع دعوى قضائية أصلية مبتدأة بطلب بطلانه . بينما يرى جانب آخر من فقه القانون الوضعى – وبحق – عدم جواز رفع هذه الدعوى القضائية ، طالما كان يجوز الطعن فى الحكم القضائى الصادر بالرغم من توافر سبب من أسباب عدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها ، بطرق الطعن المقررة قانونا . أما إذا أغلق سبيل الطعن على الحكم القضائى الصادر عندئذ فى الدعوى القضائية ، فإنه لامناص من رفع دعوى البطلان الأصلية .

وإذا كان الحكم القضائى الصادر بالرغم من توافر سبب من أسباب عدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها صادرا من محكمة النقض ، فإنه يجوز الطعن فيه بالبطلان أمامها ، للمطالبة بإلغائه ، وإعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى " المادة (٢/١٤٧) من قانون المرافعات المصرى " ، خلافا للقاعدة العامة التى تقرر عدم جواز الطعن فى الأحكام القضائية الصادرة من محكمة النقض .

وقد وردت أسباب عدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها على سبيل الحصر فى المادة (١٤٦) من قانون المرافعات المصرى ، وغيرها . ومن ثم ، فإنه لايجوز التوسع فى تفسرها ، أو القياس عليها .

فيجوز أن يكون عضو هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أجنبيا ، أو امرأة ، أو غير قانونى ، أو غير مؤهل بالمرة [١] . وهو لايكون مرتكبا لجريمة إنكار العدالة ، إذا امتنع - دون مبرر أو عذر - عن الحكم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وإنما يخضع للقواعد العامة للمسئولية المدنية ، ولاتكون الدولة مسئولة عنه - كما **هو الحال بالنسبة للقاضى العام فى الدولة** - وهو لايتمتع بسلطة الأمر على الخصوم فى التحكيم ، أو الغير .

ولذا ، فإنه لايجوز له توقيع غرامات على الأطراف المحتكمين " أطراف **الإتفاق على التحكيم** " ، أو الشهود ، أو إدخال الغير فى **خصومة التحكيم** أو إلزامه بتقديم مستند ، وإنما يلجأ فى بعض الحالات إلى القضاء العام فى الدولة ، لاستصدار مثل هذا الأمر [٢] .

الإنتقاد الخامس :

أن النظرية القضائية لنظام التحكيم إذا كانت تستند إلى وحدة الأثر القانونى لنظام التحكيم ، ونظام القضاء العام فى الدولة ، من حيث أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يرتب ذات الآثار القانونية " الإجرائية ، والموضوعية " التى يرتبها الحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة ، فى النزاع المعروض عليه للفصل فيه . وأهمها : الحجية القضائية ، والقوة التنفيذية ، فإن التدقيق يكشف أن حجية حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على الخصوم فى التحكيم تختلف فى شروطها ، ومداها عن الحجية

---

[١] أنظر : وجدى راغب فهمى - المقالة السابقة - ص ١٤٢ .

[٢] أنظر : وجدى راغب فهمى - الإشارة المتقدمة .

القضائية وهى الأثر الملازم للعمل القضائى بالمعنى الفنى الدقيق " القضاء الموضوعى " :

فالقاعدة أن حجية الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المعروضة على القضاء العام فى الدولة ، للفصل فيها ، تحول دون تعديله أو إلغائه ، بسبب مايلحق به من عيوب ، إلا بطرق الطعن المقررة له قانونا وفى حدود هذه الطرق ، ومواعيدها .

ولذا ، فإنه لايجوز رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلانه ، إلا فى حالة انعدامه ، أى إلا إذا شابته عيوبا جسيمة ، إنعدمت معها صفته كعمل قضائى – **كصدور الحكم القضائى من غير قاضى** – وانتفت بذلك الحجية القضائية .

وبعبارة أخرى ، فإن الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة ، والمرفوعة بطلب بطلان الحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة فى الدعوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها لاتجوز إلا إذا اعتبر الحكم القضائى مجردا من الحجية القضائية .

فالحجية القضائية ، ودعوى البطلان الأصلية المبتدأة بطلب بطلان الحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة فى الدعوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها نقيضان لايتقابلان أبدا فى الحكم القضائى [1]

فطرق الطعن فى الأحكام القضائية هى الوسائل التى قررها قانون المرافعات المصرى لتمكين المحكوم عليه فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من إصلاح الأخطاء المحتملة من القاضى العام فى الدولة .

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى – نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى فى قانون المرافعات – مقلة منشورة فى مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية – العدد رقم (١٥) – يناير سنة ١٩٧٣ – ص ص ٢٣٠ – ٢٣٣ ، أحمد ماهر زغلول – أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – ١٩٩٠ – ص ٦٩ بند ٣٦ .

فقد يخطئ القاضى العام فى الدولة فى استخلاص الوقائع ، أو فى تقديرها أو فى استخلاص النتائج .

كما قد يخطئ فى تطبيق القانون الوضعى ، فيطبق قاعدة قانونية غير القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على وقائع النزاع المعروضة عليه .

كما قد يتعلق الخطأ بالحكم القضائى ذاته ، أو بالأوضاع التى لابست إصداره

وتهدف طرق الطعن فى الأحكام القضائية الصادرة فى الدعاوى القضائية إلى التوفيق بين الإعتبارات المختلفة ، والمصالح المتعارضة .

فإذا كانت المصلحة العامة تقتضى إحترام الأحكام القضائية الصادرة فى الدعاوى القضائية ، وعدم المساس بها بعد إصدارها - **سواء بطريق الإلغاء أم بطريق التعديل** - حفاظا على استقرار المعاملات ، واحتراما للمراكز القانونية التى كشف عنها الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ووضع حدا للمنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، فإن المصالح الخاصة للأفراد ، والجماعات المتنازعة يجب عدم إغفالها ، من خلال مراعاة جانب الخصوم فى الدعوى القضائية ، بتأمينهم من أخطاء القضاة ، وإتاحة الفرصة للمحكوم عليه فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية بإعادة فحص النزاع ، لإصلاح مايحتمل أن يكون القاضى العام فى الدولة قد وقع فيه من أخطاء ، عن طريق إقرار طرقا معينة للطعن فى الأحكام القضائية الصادرة فى الدعاوى القضائية ، وطبقا للإجراءات ، والمواعيد المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية .

فإذا استنفدت طرق الطعن فى الأحكام القضائية الصادرة فى الدعاوى القضائية المقررة قانونا ، أو انقضت مواعيدها ، فإن الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية عندئذ يصبح عنوانا للحقيقة ، ويمتنع المساس به على أى وجه من الوجوه .

ولايجوز للمحكوم عليه فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية أن يرفع دعوى قضائية أصلية مبتدأة بطلب بطلانه ، لأن مثل هذه الدعوى

ولايجوز للمحكوم عليه في الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية أن يرفع دعوى قضائية أصلية مبتدأة بطلب بطلانه ، لأن مثل هذه الدعـــوى القضائية ليس محلها الأحكام القضائية الصادرة في الدعاوى القضائية .
فلا يجوز النعي على الحكم القضائي الصـــادر فـــي الدعـــوى القضائيـــة إلا بالطريق الذي رسمته الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها .**

فإذا استنفدت طرق الطعن في الحكم القضائي الصـــادر فـــي الدعـــوى القضائية ، أو انقضت مواعيدها ، فإنه يصبح باتا ، ولايجوز المســـاس بـــه **مهما شابه من أخطاء ، أو عيوب .**

ولايقتصر الأمر على حظر رفع دعوى قضائية أصلية مبتـــدأة بطلـــب بطلان الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية ، وإنما لايجـــوز كذلـــك التمسك ببطلانه على أي وجه من الوجوه - **سواء كان ذلـــك فـــي صـــورة دعوى قضائية أصلية مبتدأة ، أم في صورة دفع من الدفوع ، أم في صـــورة طلب قضائي عارض .**

فإذا رفعت مثل هذه الدعوى القضائية ، فإنه يجب على المحكمة أن تحكـــم - **ومن تلقاء نفسها** - بعدم قبولها ، احتراما لما للأحكام القضائية الصادرة فـــي الدعاوى القضائية من حجية القضائية [1] .

أما إذا تجرد الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية مـــن أركانـــه الأساسية ، بحيث كان مشوبا بعيب جوهري جسيم ، يصيب كيانه ، ويفقـــده صفته كحكم قضائي ، ويحول دون اعتباره موجودا منذ صدوره ، فإنه يعتـــبر **عندئذ منعدما ، ويجوز رفع دعوى قضائية أصلية مبتدأة بطلب بطلانـــه** [2] ،

---

[1] أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٦٧/٥/١٦ - مجموعة الخمسين عاما - المجلد الثالث - بنـــد ١٤٩٣ - ص٣٥٧٦ .

لأن هذه العيوب التى شابته تكون من الجسامة ، بحيث أنها تجعل ماورد فيه من تقرير قضائى غير جدير بالإحترام الواجب للتقريرات القضائية ، فيكون فى هذه الحالة غير صالح لأداء وظيفته [١] ، ويكون من المصلحة إهدار الحجية القضائية التى اكتسبها بمجرد صدوره ، بالسماح للمحكوم عليه فيه برفع دعوى قضائية أصلية مبتداة بطلب بطلانه [٢] .

ومن أمثلة الأحكام القضائية المنعدمة - والصادرة فى الدعاوى القضائية - والتى تجيز للمحكوم عليه رفع دعوى قضائية أصلية مبتدأة بطلب بطلانها :

الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من محكمة غير مشكلة تشكيلا قانونيا صحيحا - **كما إذا صدر الحكم القضائى فى الدعوى القضائية من قاضيين ، بدلا من ثلاثة قضاة ، وفقا لما هو مقررا قانونا** [٣] .

والحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من شخص لم يكتسب ولاية القضاء بين الأفراد والجماعات بعد ، لعدم صدور القرار الجمهورى بتعيينه قاضيا ، أو كانت ولاية القضاء قد زالت عنه - **لأى سبب من الأسباب نتيجة لتقديم استقالته مثلا** [٤] .

---

[٢] أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٩/٢/١٤ - مجموعة الخمسين عاما - المجلد الثالث - بند ١٤٩٨ - ص٣٥٧٧ .

[١] أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ص٦٦٤ - الهامش رقم (٣) .

[٢] أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٣٤٧ ص٦٦٤ .

[٣] أنظر : أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام فى قانون المرافعات - بند ١٣٧ص٣٢٣ .

[٤] أنظر : السيد عبد العال تمام - الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن - ص٢٠١ .

كما أن من الأحكام القضائية المنعدمة - والصادرة فى الدعاوى القضائية - والتى تجيز للمحكوم عليه رفع دعوى قضائية أصلية مبتدأة بطلب بطلانها :

صدور الحكم القضائي في الدعوى القضائية في مسألة تخرج عن ولاية القضاء العام فى الدولة - كأعمال السيادة .

أو صدور الحكم القضائي فى الدعوى القضائية من محكمة استئنائية ، فى مسألة تخرج عن حدود ولايتها القضائية [1] .

أو صدور الحكم القضائي فى الدعوى القضائية على شخص كان قد توفى قبل رفعها عليه .

أو إذا خالف الحكم القضائي الصادر فى الدعوى القضائية مبدأ المواجهة بين الخصوم فى الإجراءات القضائية - **أيا كانت صورة هذه المخالفة** [2] .

أو صدور الحكم القضائي فى الدعوى القضائية خاليا من أى منطوق .

---

(١) إذا صدر الحكم القضائي فى الدعوى القضائية من محكمة عادية ، فى مسألة تخرج عن ولاية القضاء العادى فى مصر ، وتدخل فى ولاية جهة قضائية أخرى ، أو كانت من اختصاص محكمة استثنائية ، فإن المسألة كانت محلا لخلاف .

حيث يرى جانب من فقه القانون الوضعى أن الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية فى مثل هذا الفرض يكون صادرا من جهة قضائية لاولاية لها فى المسألة التى فصلت فيها ، وأصدرت حكما قضائيا بشأنها .

ومن ثم ، لاتكون له حجية قضائية أمام الجهة القضائية صاحبة الولاية فى الفصل فى المسألة التى صدر فيها ، أنظر : حكم الهيئة العامة لمحكمة النقض المصرية - جلسة ١٩٦٢/٧/٢ - مجموعة أحكام النقض - س (١٤) - ص٤٦٢ .

بينما ذهب جانب آخر من فقه القانون الوضعى إلى أن الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية فى مثل هذا الفرض يكون صادرا من جهة لها ولاية القضاء العام فى مصر .

ومن ثم ، فإنه يحوز الحجية القضائية أمام الجهة القضائية التى أصدرته ، و أمام الجهة القضائية الأخرى ، صاحبة الولاية العامة بالفصل فى المسألة التى صدر فيها ، أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٢٤٧ ص٦٦٦ .

أو إذا تضمن الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية منطوقا متعارضا بحيث يتعذر معرفة القرار الحقيقى للمحكمة التى أصدرته .

أو إذا لم يكتب الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية .

أو إذا لم يوقعه رئيس الدائرة التى أصدرته [١] .

بينما القاعدة فى حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هى جواز رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلانه ، للتمسك بأى سبب من أسباب البطلان المقررة قانونا " **المواد (١٤٨٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (٥١٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – (٥٣) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** " – سواء تعلقت بالإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – أم بإجراءات خصومة التحكيم ، أم بحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ذاته .

فحجية حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إنما تستند إلى القوة الملزمة للإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – أكثر ماتستند إلى طبيعة عمل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . والدليل على ذلك ، أنه إذا اتفق أطراف

---

[٢] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٠/١/٢٦ – فى الطعن رقم (١٢٨٦) – لسنة (٤٧) ق ، ١٩٨١/٤/٢١ – فى الطعن رقم (٧٧٢) – لسنة (٤٥) ق ، ١٩٨٢/٣/٢ – مجموعة الخمسين عاما – المجلد الثالث – بند ١٥٠٢ – ص٣٥٧٨ .

[١] أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند ٣٤٧ ص ٦٦٧، **السيد عبد العال تمام** – الأوامر ، والأحكام ، وطرق الطعن – ص٢٠٢ .

الإتفاق على التحكيم على أنه لايكون لحكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم حجية إلا بعد موافقة جهة أخرى عليه ، فإنه لاتكون له هذه الحجية إلا قبل هذه الموافقة .

وإذا اتفقوا على أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايلزمهم إلا إذا صدقوا عليه ، نفذ اتفاقهم .

وهذا يعنى أن مصدر حجية حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هو إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وأنها لاتوجد إلا بالشروط ، والمدى الذى تحدده هذه الإرادة .

وإذا اتفق الأطراف المحتكمون بعد صدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على إعادة التحكيم أمام ذات هيئة التحكيم التى أصدرته أو أمام هيئة أخرى ، نفذ اتفاقهم ، لأن الطبيعة الإتفاقية الخاصة لحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، تجعل حجيته غير متعلقة بالنظام العام فى القانون الوضعى ، خلافا لحجية الحكم القضائى ، والتى تتعلق دائما بالنظام العام فى القانون الوضعى .

وحتى ولو كان موضوع حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم حقوقا يملك الأفراد ، والجماعات حرية التصرف فيها [١] .

ولذا ، فإن الدفع بعم جواز نظر الدعوى القضائية ، لسبق الفصل فيها يجوز إبدائه فى أية حالة تكون عليها الإجراءات ، وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها " **المادة (١١٦) من قانون المرافعات المصرى** " [٢] .

كما أن النزول عن الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، يستتبع النزول عن الحق الثابت فيه .

---

(١) أنظر : وجدى راغب فهمى – المقالة السابقة – ص ١٤٣ ، ١٤٤ .

(٢) تنص المادة (١١٦) من قانون المرافعات المصرى على أنه :
" الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها " .

وهو مايعنى عدم جواز إعادة الدعوى القضائية بذات الحق ، بعد صدور حكم قضائى بشأنه [1] .

أما عن القوة التنفيذية لحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإن الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - لاتعترف بها لحكم التحكيم ، إلا بعد صدور أمرا بتنفيذه من القضاء العام فى الدولة ، بعد رقابة شكلية ، يتحقق من خلالها من انتفاء موانع تنفيذه .

وفى هذا ، يختلف حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن الحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة ، فى الدعوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها ، والذى يتمتع بقوة تنفيذية .

والواقع أن الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هو الذى يزود حكم التحكيم بالقوة التنفيذية والتى يفتقدها قبل صدوره [2] .

الإنتقاد السادس :

أنه إذا كانت النظرية القضائية لنظام التحكيم تستند إلى بعض المصطلحات المستخدمة فى القانون الوضعى ، للتدليل على صحتها وإشارات أنصارها - وعلى وجه الخصوص - إلى استخدام اصطلاح الحكم بالنسبة لقرار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على

---

(١) تنص المادة (١٤٥) من قانون المرافعات المصرى على أنه :
" النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به " .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - عقد التحكيم ، وإجراءاته - ١٩٧٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ١١٨ ص ٢٩٩ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١١٨ ص ٢٨٧ ، وجدى راغب فهمى - المقالة السابقة - ص ١٤٤ .

التحكيم . وكذلك ، إلى حكم المحكمة بعدم الإختصاص ، فى حالة التمسك أمامها بالإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - مما يفيد أن الأمر يتعلق بتوزيع العمل القضائى بين محاكم مختلفة ، فإن الحقيقة أن بعض المصطلحات أحيانا لاتستخدم بالدقة الواجبة ، وأنه يجب بالنسبة للتشريع الوضعى المقارن تحديد مايقصده المشرع الوضعى من مجمل النصوص القانونية الوضعية التى يرد فيها المصطلح :

ذلك أنه وفيما يتعلق بعبارة الحكم ، فإنه من الملاحظ أن إطلاقها على الحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة ، فى الدعوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها ، وقرار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، يكون مقصورا على التشريعات الوضعية العربية .

ففى فرنسا :

تطلق على أحكام القضاء العام فى الدولة - والصادرة فى الدعاوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها **Arrets** أو **Jugemen** .

بينما يطلق على قرار هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم **La sentence** .

وفى إيطاليا :

يطلق على الأول **Sentenze** .

بينما يطلق على الثانى **Lode** .

وفى انجلترا :

يطلق على الأول **Judgment** .

بينما يطلق على الثانى **Award** .

ولايرجع هذا إلى أمر مقصود من المشرع الوضعي العربي " **المصـوى ، أو غيره من التشريعات الوضعية العربية** " ، وإنما يرجع – **وفى اعتقاد البعض** إلى استقرار اصطلاح الحكم ، والمحكمة في مجال القضاء العام في الدولــة ولم يجد المشرع الوضعي العربي بدا من استخدامه كذلــك فــى التحكيــم . خاصة ، وأن لفظ الحكم يكون مشتقا لغويا من التحكيم [1] .

وفيما يتعلق بمصطلح الإختصاص ، فإنه يكون غــير مقصــور علــى الإختصاص القضائى ، وإنما يطلق فى القانون الوضعــى بمعنــى واســع ، **بحيث يشمل نطاقه** : السلطة التى يعترف بها القانون الوضعى لأى شــخص يمارس **سلطة – سواء كانت عامة ، أو خاصة** .

فيمكن الكلام عن اختصاص الوزير ، واختصاص مدير الشــركة الخاصــة واختصاص المحكمة ، واختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

وأنه إذا أخذنا فكرة الإختصاص بالمعنى الفنى الدقيق – **والذى تؤخذ به فــى مجال القضاء العام فى الدولة** – فإنها لاتنطبق على نظام التحكيم ، لأن فكرة الإختصاص القضائى تقتصر فى هذا المجال علــى توزيــع القضايــا علــى **المحاكم داخل الجهة القضائية** .

وقواعد الإختصاص القضائى من النظام العام فى القــانون الوضعــى المقارن . ولذا ، تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم الإختصاص القضــائى . بينما لايجوز ذلك فى حالة التحكيم ، حيث يجوز النزول عــن الدفــع بعــدم اختصاص المحاكم بسبب التحكيم – **صراحة** ، أو **ضمنــا** – ممــا يفيــد أن المشرع الوضعى لايستخدم هنا اصطلاح الإختصاص بذات مفهومه الضيــق فى الإختصاص القضائى فى المحاكم ، وإنما بالمفهوم الأول الواسع .

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى – المقالة السابقة – ص ١٤٥ .

والإنتقاد السابع ، والأخير :

أنه إذا كانت النظرة الموضوعية تقتضى تقرير وجود أوجه تشابه بين نظام القضاء العام فى الدولة ، ونظام التحكيم من حيث أن كلا منهما يفصل فى منازعات قانونية بين الأفراد ، والجماعات وأنه قد يطبق القانون الوضعى عند الفصل فى هذه المنازعات ، ويكون للحكم الصادر من كل منهما حجية فى حسمها ، وأن كلا من نظام القضاء العام فى الدولة ، ونظام التحكيم أداة لحل المنازعات القانونية بين الأفراد والجماعات بوساطة الغير ، تقابل الصلح ، وهى الأداة الرضائية لحل المنازعات بواسطة الأطراف أنفسهم [1] . وأنه إذا كان هذا التشابه بين نظام القضاء العام فى الدولة ، ونظام التحكيم يؤدى إلى وجود قواعد مشتركة بينهما – كقواعد رد القضاة ، واحترام حقوق الدفاع للخصوم [2] فإن هذا التشابه لايعنى التماثل بينهما ، لاختلافهما من حيث الوظيفة أو الغاية ، أو من حيث الآثار القانونية ، أو من حيث البناء القانونى ، مما يستتبع اختلافهما حتى فى تفاصيل القواعد المشتركة ، وأن تشابه النظم لاينفى اختلافها :

فعقد البيع يتشابه مثلا مع عقد الهبة ، فى أن كلا منهما يكون عقدا ناقلا للملكية ، ويرتب التزاما بتسليم المال محل العقد إلى الطرف الآخر ، دون أن يؤدى هذا إلى عدم التمييز بين العقدين ، أو اعتبار أحدهما نوعا من أنواع الآخر ، وإن جاز الحديث فى هذه الحالة عن مجموعات قانونية تجمعها قواعد مشتركة [3] .

---

(١) أنظر : وجدى راغب فهمى – المقالة السابقة – ص ١٤٦ .

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمى – المقالة السابقة – ص ١٥٤ ومابعدها .

(٣) أنظر : وجدى راغب فهمى – المقالة السابقة – ص ١٤٦ .

المبحث الثالث

نظرية الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم [1] ، [2] .

---

(١) فى فقه القانون الوضعى المؤيد لنظرية الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم ، أنظر :

SAUSER – HALL : Larbitrage en droit international prive . Annuaire de L'institus de droit international . 1925 . T . 1 . P . 522 ; G . CORNU et J . FOYER : Procedure civile . Paris . 1958 . P . 583 ; H . VIZIOZ : Etudes de procedure . ed . Biere Bordeaux . 1956 . N . 290 . P . 588 ; L . LACOSTE : Cours elementaire de procedure civile et voies d'execution . 3ed . Sirey . 1956 . N . 1231 . P . 274 ; HEBRAND et RAYRAND : Obs . R . T . D . civ . 1962 . P . 160 et 161 ; H . MOTULSKY : Note sous Paris . 5 Janv . 1961 . J . C . P . . 11 . 12204 ; J . ARETS : Reflexions sur la nature juridique de l'arbitrage . Annales de la Faculte de Droit de Liege . 1962 . P . 173 .

وانظر أيضا : محسن شفيق – التحكيم التجارى الدولى – دروس لطلبة الدكتوراه – ١٩٧٣ / ١٩٧٤ – على الآلة الكاتبة – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ص ١٠ ، ٧٣ ، عز الدين عبد الله – تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى فى مواد القانون الخاص – مقالة منشورة فى مجلة مصر المعاصرة – يناير سنة ١٩٧٨ – ص ٢٠ ومابعدها ، سامية راشد – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الكتاب الأول – إتفاق التحكيم – ١٩٨٤ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٢١ ، ٢٣ ص ٧٠ ومابعدها .

(٢) فى عرض هذه النظرية بالتفصيل ، أنظر :

DAVID RENE : L'arbitrage . P . 109 et s .

وانظر أيضا : أبو زيد رضوان – الأسس العامة للتحكيم التجارى الدولى – ص ٢٠ ومابعدها ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٧٥ ص ٢١٦ ومابعدها ، وجدى راغب فهمى – مفهوم التحكيم وطبيعته – المقالة المشار إليها – ص ٢١ ، هل التحكيم نوع من القضاء ؟ . المقالة المشار إليها – ص ١٣٤ ، ١٣٥ ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٥٣ ، ٥٤ ص ١٧٠ ومابعدها ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٢٩ ، ٣٠ ص ٣٢ ، ٣٣ .

تقسيم :

تسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هـــذا الفصـل إلـــى مبحثين متتاليين ، وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول :

مضمون نظرية الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم .

والمبحث الثانى :

تقييم نظرية الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

المبحث الأول

مضمون نظرية الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم .

يرى أنصار نظرية الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم أن التحكيم لـــه طبيعـة مختلطة . فهو يكون عقدا ، بالنظر إلى الوجوه التى تشتق من أصـــل نظـام التحكيم ، وهو العمل الإرادى للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفـــاق علـى التحكيم** . ويكون قضائيا ، بالنظر إلى كون حكم التحكيم الذى ينتهى إليـــه - والصادر فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـى التحكيـم - يلـزم الأطـراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بقوة تختلف عـن مجـرد القـوة الملزمة للعقد .

ويرى أنصار نظرية الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم أنه إذا كان أنصـار النظريتين المتقدمتين " **التعاقدية ، والقضائية لنظام التحكيـم** " يقفـون مـن طبيعة نظام التحكيم موقفا متشددا ، حيث يضفـى عليـه البعـض الطبيعـة التعاقدية فى كافة مراحله - **المعقدة ، والمركبة** - والبعض الآخر يعتقد فـى طبيعته القضائية ، فإنهم - **أى أنصار النظرية المختلطة لنظـام التحكيـم** - يرصدون هذه الطبيعة ، من خلال رصدهم للتأثيرات المزدوجة فـى نظـام التحكيم ، أى فكرة العقد ، وفكرة القضاء .

فكرة العقد :

نتيجة احترام سلطان الإرادة ، ومقتضيات الإنصيـــاع لأحكـام التنظيم القانونى الوضعى للمجتمع الإنسانى ، ومن حيث أن فكرة العقد هـــى التى تجسد مبدأ سلطان الإرادة .

وفكرة القضاء :

من حيث اقتضاء الحق فى حالة نشوب نزاع بين الأفراد والجماعات ، عن طريق الإنصياع لحكم القانون الوضعى ، والعدالة .

وعلى ذلك ، فإن التحكيم يبدوا - **فى رأى أنصار نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم** - من طبيعة مختلطة ، أو مزدوجة " **هجينية** " **Hybride Mixte** ، على أساس أن كلا من النظرية التعاقدية ، والنظرية القضائية لنظام التحكيم قد أصابتا جزء من الحقيقة ، إلا أن إطلاق الأخذ بأحدهم ، دون الآخر ، يثير كثيرا من المصاعب .

ولهذا ، كان من الأصوب الجمع بينهما ، واعتبار نظام التحكيم له طبيعة مزدوجة - **عقدية** ، وقضائية .

فالأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هم الذين يختارون هيئة التحكيم التى ستقوم بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ويحددون سلطاتها ، ومايجب عليها تطبيقه .

ثم يتحول نظام التحكيم بعد ذلك إلى قضاء ، عندما يؤمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، من جانب القضاء العام فى الدولة ، فيصبح حكم التحكيم عندئذ حكما قضائيا .

فالتحكيم فى نظر أنصار نظرية الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم تتعاقب عليه صفتان :

الصفة الأولى :

الصفة التعاقدية :

حيث تبدوا واضحة فى اختيار الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لقضاء التحكيم - **كوسيلة للفصل فى منازعاتهم** - وإحجامهم عن التوجه نحو القضاء العام فى الدولة .

وكذلك ، اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على إجراءات خصومة التحكيم وعلى موضوع النزاع - **محل الإتفاق على التحكيم** .

والصفة الثانية :

وهى الصفة القضائية :

فنظام التحكيم يغير من طبيعته التعاقدية هذه إلى طبيعته القضائية ، نتيجة تدخل القضاء العام فى الدولة ، عندما يلجأ إليه الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لإعطاء قرار التحكيم الصادر فى النزاع - **موضوع الإتفاق على التحكيم** - القوة التنفيذية .

فبأمر التنفيذ الصادر من القضاء العام في الدولة يتحول نظام التحكيم إلى عمل قضائى . وبدءا منه ، يتحول قرار التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى حكم قضائى .

ويحلل البعض من أنصار نظرية الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم نظام التحكيم باعتبار أنه ليس اتفاقا محضا ، ولاقضاء محضا ، وإنما هو نظاما يمر فى مراحل متعددة ، يلبس فى كل منها لباسا خاصا ، ويتخذ طابعا مختلفا ، فهو فى أوله اتفاق ، وفى وسطه إجراء ، وفى آخره حكما (١) . بينما اعتبر البعض الآخر من أنصار نظرية الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم أن التحكيم فى أساسه ، وجوهره يكون تصرفا إراديا ، على أنه وفى انطلاقه نحو تحقيق هدفه ، يؤدى إلى تحريك نظام ، تتفاعل فيه عناصر ذات طبيعة مغايرة ، تدخل فى عداد العمل القضائى (٢) .

فالمظاهر المستمدة من أصل نظام التحكيم - وهى إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ترجح طابعه التعاقدى .

---

(١) أنظر : محسن شفيق - التحكيم التجارى الدولى - ص ٧٣ .

(٢) أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - ص ٧٠ .

بينما هو قضائى من حيث أنه يلزم الأطراف المحتكمين " **أطـــراف الإتفـــاق** على التحكيم " بقوة تختلف عن مجرد قوة العقد [١] .

وبرغم إقرار أنصار نظرية الطبيعة المختلطة لنظـــام التحكيـــم لتطـــور الطابع التعاقدى لنظام التحكيم ، فهم مضطرون إلى الإعتراف بما له من سمة قضائية [٢] .

---

(١) أنظر :

SAUSER – HALL : op . cit . , P . 522 .

(٢) أنظر :

JEAN ROBERT : op . cit . , N . 410 . P . 493 .

المبحث الثانى
تقييم نظرية الطبيعة المختلطة
لنظـــــام التحكـــــيم [1] .

إختار أنصار نظرية الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم أسهل الحلــول ، ولـم يحاولوا التصدى لجوهر المشكلة ذاته ، عن طريق ربطها بين حجية أحكـام التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع الإتفاقات على التحكيم ، وبين قوتـها التنفيذية ربطا غير دقيق .

إذ أن الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضـوع الإتفـاق علـى التحكيم - **والصادر من القضاء العام فى الدولة** - إنما يتعلــق بقـوة حكـم التحكيم التنفيذية ، ولاعلاقة له بحيازته للحجية القضائية ، أم لا .

وإذا قيل أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على **التحكيـم - وقبل الأمر بتنفيذه** - لايعد حكما قضائيـا . وبالتـالى ، لايحـوز الحجيـة القضائية - **كما ذهب إلى ذلك أنصار نظرية الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم** - ولاتكون له هذه الصفة إلا بعد الأمر بتنفيذه - **والصادر من القضاء العـام فى الدولة** - فإن من شأن هذا القول ، إهـدار كـل قيمـة لنظـام التحكيـم وتنظيمه ، مما يتنافى مع مقصود المشرع الوضعى .

ذلك أن المشرع الوضعى شاء أن يراقب عمل هيئـة التحكيـم المكلفـة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لأن عملها هـذا لايسـتمد قوته إلا من الإتفاق على التحكيم ذاته - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فـأوجب

---

[2] فى تقييم نظرية الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم ، أنظر : **المؤلف** - إتفاق التحكيـم ، وقواعـده - الرسالة المشار إليها - بند ٥٤ ص ١٧٢ ، ١٧٣ ، **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشـار إليها - بند ٣٣ ص ٣٧ ، ٣٨ .

قبل تنفيذ حكم التحكيم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وقبل وضع الصيغة التنفيذية عليه ، أن يخضع لرقابة ، وإشراف السلطة العامة فى الدولة ، لمجرد التحقق من أنه قد صدر بالفعل بناء على مشارطة تحكيم ، أو شرطا للتحكيم حقيقة ، وأن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد راعت الشكل الذى يتطلبه منها القانون الوضعى [١] .

---

(١) فى دراسة حقيقة المقصود من الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ومدى ولاية القضاء العام فى الدولة عند إصداره لأمر التنفيذ ، أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٢٠ ، ١٢١ ص ٢٩٢ ومابعدها .

الفصل الرابع

نظرية إستقلال نظام التحكيم [١]

Theorie autonomie

تقسيم :

تسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث متتالية ، وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول :

مضمون نظرية إستقلال نظام التحكيم .

المبحث الثانى :

أسانيد نظرية إستقلال نظام التحكيم .

المبحث الثالث :

مايترتب على الأخذ بنظرية إستقلال نظام التحكيم .

والمبحث الرابع ، والأخير :

تقييم نظرية إستقلال نظام التحكيم .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

---

[٢] فى استعراض نظرية الطبيعة المستقلة لنظام التحكيم ، أنظر : وجدى راغب فهمى – هل التحكيم نوع من القضاء ؟ . المقالة المشار إليها – ص ١٣٩ ومابعدها ، مفهوم التحكيم ، وطبيعته – المقالة المشار إليها – ص ٢١ ومابعدها ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٤٩ ومايليه ص ١٥٧ ومابعدها ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣١ ص ٣٣ ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ١٠١ ومابعدها .

المبحث الأول

مضمون نظرية إستقلال نظام التحكيم .

يرى أنصار نظرية إستقلال نظام التحكيم أن نظام التحكيم له طبيعته الخاصة وذاتيته **المستقلة** ، والتى تختلف عن العقود ، كما تختلف عن أحكام القضاء العام فى الدولة - **والصادرة فى الدعاوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها** .

ولذلك لاينبغى الزج بنظام التحكيم فى أحضان أنظمة قانونية أخرى ، يتشابه معها فى أمور ، ويختلف عنها فى أمور أخرى .

وأنه وإن لم يكن من الممكن إنكار أوجه الشبه القائمة بين أحكام التحكيم - **والصادرة من هيئات التحكيم ، فى المنازعات موضوع الإتفاقات على التحكيم** - وأحكام القضاء العام فى الدولة - **والصادرة فى الدعاوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها** - إلا أن هذا التشابه لايجوز أن يكون مؤديا إلى اعتبار نظام التحكيم نظاما قضائيا .

كما أنه إذا كان نظام التحكيم لايكون إلا باتفاق بين الأطراف المحتكمين **" أطراف الإتفاق على التحكيم "** - والراغبين **فى الإلتجاء إلى نظام التحكيم للفصل فى منازعاتهم** ، بدلا من **الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة صاحب الولاية العامة** ، والإختصاص **بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد والجماعات** - أيا كان موضوعها ، **إلا ماأستثنى بنص قانونى وضعى خاص**- فإن هذا الأمر لايعنى - **من وجهة نظر أنصار نظرية الطبيعة المستقلة لنظام التحكيم** - أن التحكيم مجرد عقد ، أو نظام تعاقدى . فإرادة الأطراف المحتكمين **" أطراف الإتفاق على التحكيم "** ، وإن كانت هى أساس نظام التحكيم ، إلا أنها لاتفسر شموله ، وتطوراته .

كما أن هذه التطورات ، وإن كانت تدخل نظام التحكيم فى القضاء ، إلا أنها لاتؤدى إلى فقدان نظام التحكيم لذاتيته ، واندماجه فى القضاء العام فى الدولة إذ أن هناك فروقا بين نظام القضاء العام فى الدولة ، ونظام التحكيم [١] . فالتحكيم هو أداة قانونية لحل المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، مختلفة عن العقد ، والقضاء العام فى الدولة ، وهى ترمى إلى تحقيق نوعا من العدالة مختلفة عن العدالة التى يحققها كل منهما [٢] .

والعقد ليس هو جوهر نظام التحكيم ، بدليل أنه لايوجد فى نظام التحكيم الإجبارى .

كما أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتعين دائما باتفاق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو بواسطتهم ، وإنما قد يعينها القضاء العام فى الدولة أحيانا ، أو

---

(١) فى فقه القانون الوضعى المؤيد لنظرية الطبيعة المستقلة لنظام التحكيم ، أنظر :

R . DAVID : L'arbitrage commercial international en droit compare . 1969 – 1970 . P . 513 ; **M . F . EL GOHARY** : L'arbitrage et les contrats commerciaux internationaux a longe terme . These . Renne . 1 . 1982 . N . 218. P . 208 ; **J . RUBELLIN – DEVICHI** : L'arbitrage . nature juridique . Paris . 1965 . N . 14 , P . 17 . N . 13 . P . 584 .

وانظر أيضا : وجدى راغب فهمى – النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات – رسالة مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – سنة ١٩٧٤ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٣٨٢ ومابعدها ، النظرية العامة للتنفيذ القضائى فى قانون المرافعات – ١٩٧٤ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١١٨ ومابعدها ، هل التحكيم نوع من القضاء – المقالة المشار إليها – مقالة منشورة فى مجلة الحقوق التى تصدرها كلية الحقوق – جامعة الكويت – السنة رقم (١٧) – العدد الأول – والثانى – مارس / يونيو – سنة ١٩٩٣ – ص ١٣١ ومابعدها ، مفهوم التحكيم ، وطبيعته – المقالة المشار إليها – ص ٢١ ومابعدها ، عزمى عبد الفتاح – مبادئ القضاء المدنى الكويتى – – ١٩٨٤ – ص ٤١٨ . وقارن :

I . N . SAAD : La sentense arbitrale . These . Paris . 1969 . P .36 et s . P . 503 .

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمى – مفهوم التحكيم ، وطبيعته – المقالة المشار إليها – ص ٢١ .

بواسطة مراكز التحكيم الدائمة – والتى يلجأ إليها الأطراف المحتكمون **" أطراف الإتفاق على التحكيم "** .

وهذا لايعنى فقدان نظام التحكيم لذاتيته ، واندماجه فى القضاء العام فى الدولة ، لأن القضاء العام فى الدولة هو سلطة من سلطات الدولة الحديثة الثلاث ، يباشرها القاضى العام فى الدولة بهدف تحقيق سيادة القانون الوضعى على المصالح المتنازعة فى العلاقات الإجتماعية .

أما التحكيم ، فإنه يرمى إلى تحقيق وظيفة إجتماعية ، واقتصادية متميزة هى التعايش السلمى بين أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى المستقبل ، فضلا عن العدل .

وأن مايهم القاضى العام فى الدولة هو إنزال حكم القانون الوضعى على الحالة المعروضة عليه ، بصرف النظر عن أثرها على مستقبل العلاقات بين الأطراف المحتكمين **" أطراف الإتفاق على التحكيم "** ، ومصالحهم .

بينما هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تحاول – **ومن خلال فهمها للمصالح الإجتماعية ، والإقتصادية المتنازعة** – أن تتمكن من الوصول إلى الحل الأكثر توفيقا بينها ، وهو مايعنى ألا تحكم وفقا لقواعد القانون الوضعى ، وإنما تقرر الحل الذى تراه أكثر عدالة وملائمة لمصالح الأطراف المحتكمين **" أطراف الإتفاق على التحكيم "** ، ولكن حتى فى الحالات التى تكون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ملزمة فيها بالحكم وفقا للقانون الوضعى ، فإن ميزته تبدوا حيث يتطلب حل النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم خبرة فنية خاصة ، أو دراية بالأعراف ، والعادات الجارية فى مجال تجارة ، أو صناعة ، أو مهنة معينة ، حيث يستجيب حكم التحكيم الصادر فى النزاع

موضوع الإتفاق على التحكيم لمقتضيات هذه التجـــارة ، أو الصناعـــة ، أو المهنة ، ولايكون مجرد تطبيق لنصوص قانونية وضعية جامدة [١] .

فنظام التحكيم قد ظهر فى المجتمعات البدائية قبل ظهور القضاء العـــام فى الدولة ، ونشأ نشأة مستقلة عنه ، واستمر قائما بعد ظهور القضاء العـــام فى الدولة ، لأنه يشبع حاجة إجتماعية مختلفة ، لايحققها القضاء العـــام فـــى الدولة ، وهذا يقتضى تمييزه عن القضاء العام فى الدولة ، وخضوعه لنظـــام خاص ، يحتفظ له بمرونته ، بعيدا عن نظـــام القضـــاء العـــام فـــى الدولـــة بضماناته الشكلية الكثيرة ، وقواعده الجامدة [٢] .

وبذلك ، فإنه عندما يعرض الأفراد ، والجماعات نزاعاتـــهم علـــى هيئـــات التحكيم ، فإنهم يرمون إلى نوع من العدالة ، يكون مختلفا عن عدالة القضـــاء العام فى الدولة ، عدالة مرنـــة ، تراعـــى مصالحـــهم ، قبـــل أن تراعـــى الإعتبارات القانونية المحضة ، وتأتى عن غير قصد - **وحتى فـــى الحـــالات التى يلتزمون فيها بالقانون الوضعى** - بحلول وســـطى ، يرضـــى عنـــها الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، بدلا من تغليب إدعـــاء أحدهم على ادعاء الآخر ، وتركهم عند صدور حكم التحكيـــم فـــى النـــزاع موضوع الإتفاق على التحكيم غريمين ، كما جاء إليه غريمين [٣] .

---

(١) فى استعراض خصائص نظام التحكيم ، والتى تميزه عن الوسائل الأخرى لحل المنازعات بين الأفـــراد ، والجماعات ، أنظر : وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - المقالة المشار إليـــها - ص ٨ ومابعدها .

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمى - هل التحكيم نوع من القضاء ؟ . المقالة المشار إليها - ص ١٣٦

(٣) أنظر : وجدى راغب فهمى - هل التحكيم نوع من القضاء ؟ . المقالة المشار إليـــها - ص ١٣٦ - الهامش رقم (٨) .

ويميل جانب من فقه القانون الوضعي [١] - **وبالرغم من اعتباره نظام التحكيم قضاء من نوع خاص** - **إلى تأكيد إستقلاليته تماما .**

فلاينبغي تجاهل الطبيعة الخاصة ، والذاتية لأحكام التحكيم الصادرة في المنازعات موضوع الإتفاقات على التحكيم .

وأساس هذه الذاتية هو في الإرتباط الوثيق بين أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم ، والإتفاقات على التحكيم - **شروطا كانت ، أم مشارطات - والتي تصدر استنادا إليها** - فلا يكون للرأى الذى تعلنه هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم في حكم التحكيم الصادر فيه إستقلالا ذاتيا - **كالرأى القضائي الذى تتضمنه الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام في الدولة** - وإنما يرتبط هذا الرأى في قوته ، وفاعليته بالإتفاق على التحكيم ذاته - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فيكون رهنا بصحة هذا الإتفاق ، وبصدوره في حدوده . ولذلك فإن تعيب الإرادة في الإتفاق على التحكيم يطول أثره إلى حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ذاته ، فيؤدى إلى تعيبه وهو مايتيح التمسك ببطلانه ، عند التظلم من الأمر الصادر بتنفيذه من القضاء العام في الدولة ، أو في الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة ، والمرفوعة بطلب بطلانه .

وتظهر ذاتية نظام التحكيم عند تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات موضوع الإتفاقات على التحكيم ففي حالة تخلف النصوص القانونية الوضعية ، فإنه لايطبق على حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من قواعد إلا تلك التي تتفق مع ذاتيته الخاصة [٢] .

---

[١] انظر : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - ط ١٩٩٢ - بند ٤٦ ص ٨٧ .

فممارسة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للنشاط الذى يمكن أن يمارسه القاضى العام فى الدولة ، هو وجها للتقارب بين نظام التحكيم ، ونظام القضاء العام فى الدولة ، لايمكن إنكاره أو دحضه . ولكن التقارب بين العملين له حدود يقف عندها ، ولايتجاوزها فلايمكن أن يصل إلى حد الدمج ، أو الخلط بينهما .

ويعود ذلك إلى أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتعد قاضيا يتمتع بنفس سلطات القاضى العام فى الدولة ، فهى لاتتمتع بسلطات القضاء العام فى الدولة فى الأمر ، والإلزام Imperium وتنحصر سلطاتها فيمايقرره لها الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وفى حدود مايسمح به القانون الوضعى لها .

فلا يكون لها توقيع الجزاءات على الخصوم ، والشهود .

كما أنها لاتخضع لنظام مخاصمة القضاة ، بل تتقرر مسئوليتها وفقا للقواعد العامة .

كما أنه - وعلى **خلاف القاضى العام فى الدولة** - يمكن عزل أعضائها وتنحيتهم ، باتفاق الخصوم (١) .

كما أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتتقيد فى مباشرة عملها بقواعد قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، إلا فى الحدود الضيقة ، والتى يلزمها بها القانون الوضعى .

وبتخلف الركن العضوى ، والشكلى للعمل القضائى فى عمل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه يظل متميزا بذاته ، لايختلط بعمل القاضى العام فى الدولة ، فلكل من العملين

---

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول - الإشارة المتقدمة .

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - بند ٣/٤٢ ص ٧٧ - الهامش رقم (١) .

ذاتيته الخاصة ، والتى تحتم ضرورة التنويع فى نظامهما القانونى ، بما يتفق مع هذه الذاتية [١] .

وذاتية نظام التحكيم لاتعنى فصم كل صلة له بالقضاء العام فى الدولة . فرغم ذاتيته ، فإن صلة نظام التحكيم بنظام القضاء العام فى الدولة موصولة لاتنقطع ، وتتبدى هذه الصلة فى مجموعة متنوعة من المظاهر [٢] .

وتقارب العملين " **وظيفة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، عند الفصل فيه ، ووظيفة القضاء العام فى الدولة عند الفصل فى الدعوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها** " من حيث الوظيفة التى يؤديها كل منهما ، يؤدى إلى خضوع أعمال هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للقواعد العامة للعمل القضائى ، على أن لايكون فى ذلك مايتناقض مع الذاتية الخاصة لنشاط التحكيم ، أو يتعارض مع ماتقرره النصوص القانونية الوضعية فى شأنه من قواعد خاصة [٣] .

وخلاصة القول – **وتأييدا للطبيعة الخاصة ، والذاتية لأحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع الإتفاقات على التحكيم** – فإنه يوجد طريقان معتمدان لمباشرة الوظيفة القضائية فى الدولة :

الطريق الأول :

وهو الطريق العام ، والأصلى :

---

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول – الإشارة المتقدمة .

(٢) فى بيان مظاهر الصلة بين نظام التحكيم ، ونظام القضاء العام فى الدولة ، أنظر : : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق لطعن فيها – بند ٣/٤٢ ص ٧٨ – الهامش رقم (١) .

(٣) أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ٤٣ ص ٨٠ .

وبمقتضاه يلجأ الأفراد ، والجماعات إلى العضو القضائى للدولة ، لكى يفصل فيما هم مختلفين فيه من مسائل .

أما الطريق الثانى :

فهو طريقا خاصا ، واستثنائيا :

يتيح إمكانية مباشرة نفس العمل بواسطة أفراد عاديين ، لايعدون من العضو القضائى للدولة ، وإن كانوا يباشرون وظيفته .

والطريقان المذكوران هما طريقان متوازيان ، لايمكن دمجهما من ناحية كما لايمكن إنكار وجود التقارب بينهما من ناحية أخرى [١] .

---

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٢٥ ص ٢٢٤ ، مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - ط٣ ١٩٩٣ - بند ٣/٤٢ ص ص ٧٥ ، ٧٦ .

المبحث الثانى

أسانيـد نظريـة الطبيـعة المستقلة لنظام التحكيم [1] .

كان من بين ماستند إليه أنصار نظرية الطبيعة المستقلة لنظام التحكيم فى تأييد وجهة نظرهم ، مايلى :

السند الأول :

العقد ليس هو جوهر نظام التحكيم :

إذا كان الأصل فى نظام التحكيم أنه طريقا إختياريا ، يتم بناء على اتفاق بين أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - فإن هذا الإتفاق ليس هو جوهر نظام التحكيم ، بدليل أن القانون الوضعى قد يستبعد فى بعض الحالات القضاء العام فى الدولة ، ويفرض على المتنازعين الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، لحل منازعاتهم ، وهو مايعرف بنظام التحكيم الإجبارى [2] .

---

(1) فى بيان أسانيد نظرية الطبيعة المستقلة لنظام التحكيم ، أنظر : وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم وطبيعته - المقالة المشار إليها - ص ١٣٥ ومابعدها ، **المؤلف** - إتفاق التحكيم ، وقراعده - الرسالة المشار إليها - بند ٥٠ ص ١٥٩ ومابعدها .

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - المقالة المشار إليها - ص ١٨ .
فنظام التحكيم قد يكون إختياريا **volontaire** ، وقد يكون إجباريا **Force** . ويختلف هذان النوعان من نظام التحكيم من حيث مبدأ الإلتجاء إليه ، فيكون نظام التحكيم إختياريا ، إذا كان الإلتجاء إليه بإرادة الأطراف ذوى الشأن ويستند إلى اتفاق خاص ، ويستمد وجوده من هذا الإتفاق ، والذى يخضع للقواعد العامة فى النظرية العامة للعقد بصفة عامة ، فضلا عن القواعد الخاصة المنصوص عليها فى قوانين المرافعات المدنية ، والتجارية ، أو المنصوص عليها فى القوانين الخاصة المنظمة للتحكيم - كقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية .

فنظام التحكيم يكون إختياريا ، إذا لم يكن الإلتجاء إليه أمرا مفروضا على الأطراف المحتكمين " أطـــراف الإتفاق على التحكيم " – أى إذا كان الإلتجاء إليه يتم بمحض إرادة الخصوم " أطراف المنازعة ، المـــراد الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم " بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولـــة ، صـــاحب الولايـــة العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد والجماعات – وأيا كان ، موضوعـــها – إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، وهذا هو الأصل فى نظام التحكيم .

فبالنظر إلى الصفة الإستثنائية لنظام التحكيم ، فإن الأنظمة القانونية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبـــها ، وإتجاهاتها – قد تركت للأفراد ، والجماعات حرية الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم الـــتى يجوز فيها الصلح .

ومن ثم ، فإن نظام التحكيم لايوجد للفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات – كأصل عام – إلا بموجـب اتفاق ، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة – سواء تمثل هذا الإتفاق فى عقد وطنى ، أو فى عقد دولى ، أو فى نظـام شركة أسهم – وهذا النوع من أنواع التحكيم يرتكز على دعامتين أساسيتين ، وهما :

الدعامة الأولى :

الإرادة الذاتية للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

والدعامة الثانية :

إقرار الأنظمة القانونية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها – لهذه الإرادة

فالإرادة الذاتية للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " تعتبر أحد الأركان التى يقوم عليـــها نظام التحكيم الإختيارى ، حيث أن لها دورا أساسيا فى إيجاد مثل هذا النظام القانونى الإستثنائى ، للفصـــل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، مشاركا فى ذلك القضاء العام فى الدولة ، صـــاحب الإختصـــاص الأصيل بالفصل فيها – وأيا كان موضوعها – إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، ولكن تظل هذه المشاركة بقدر وتحت إشرافه .

وإذا كان ماتقدم هو الأصل ، فإن هذا لايمنع الأنظمة القانونية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبـــها ، واتجاهاتها – من أن تجعل من نظام التحكيم فى بعض المنازعات بين الأفراد ، والجماعـــات أمـــرا واجبـــا ، لايملكون معه رفعها أمام القضاء العام فى الدولة ، والذى لاتكون له فى هذه المنازعات سلطة الفصل فيـــها إبتداء ، وإنما يتعين على الأفراد ، والجماعات – أطراف هذه المنازعـــات – إن أرادوا الفصـــل فيـــها ، الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، وهذا النوع من نظام التحكيم هو مايعرف بالتحكيم الإجبارى .

ويجب عدم الخلط بين نظام التحكيم الإجبارى ، ونظام القضاء العام فى الدولة ، عندما يصدر العمـــل من هيئات قضائية إستثنائية .

إذ أن القضاء الإستثنائى يعد من القضاء العام فى الدولة . ولذلك ، فإن القرار الصادر منه يكون له القـــوة التنفيذية – شأنه فى ذلك شأن القرار الصادر من القضاء العام فى الدولة .

أما فى نظام التحكيم الإجبارى ، فإن القرار الصادر من هيئة التحكيم – والتى يلتزم الأطراف ذوى الشأن بالإلتجاء إليها ، للفصل فى منازعاتهم – لايحوز القوة التنفيذية ، إلا بعد شموله بأمر التنفيذ ، والذى يصدر من القضاء العام فى الدولة ، إذ هو قرارا تحكيميا .

فضلا عن أن الهيئة التى تنظر النزاع فى القضاء الإستئنافى تتكون من أشخاص دائمين .

بينما فى نظام التحكيم الإجبارى ، فإن هيئة التحكيم تشكل بالنظر إلى كل نزاع على حدة .

كما أن أعضاء القضاء العام فى الدولة لايختارون بواسطة أطراف النزاع المعروض عليهم ، للفصل فيه . بينما يختار الأطراف ذوو الشأن بعض أعضاء هيئة التحكيم الإجبارى .

وتعتبر البلاد الإشتراكية هى أول من أخذ بنظام التحكيم الإجبارى – كطريق قضائى للفصل فى المنازعات بين المشروعات العامة – وسلك طريقه من خلال بعض دول الديمقراطيات الشعبية ، ثم انتشر بعد ذلك فى دول أخرى .

وقد صدرت العديد من القوانين الوضعية فى فرنسا ، والتى كانت قد نظمت تحكيما إجباريا ، للفصل فى بعض المنازعات ، بحيث أن الدولة الفرنسية كانت قد جعلت من التحكيم فيها أمرا واجبا ، لايملك معه الأطراف ذوو الشأن رفعها إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، الجماعات – وأيا كان موضوعها – إلا مااستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، ولاتكون عندئذ للقضاء العام فى الدولة سلطة الفصل فيها إبتداء ، وإنما يتعين على الأطراف ذوى الشأن إن أرادوا الفصل فيها ، الإلتجاء إلى نظام التحكيم الإجبارى المقرر بنصوص قانونية وضعية خاصة ، تحدد كيفية تشكيل هيئات التحكيم الإجبارى ، وكيفية تقديم طلبات التحكيم إليها ، والإجراءات المتبعة أمامها للفصل فيها ، ومدى ماتتمتع به قراراتها التحكيمية من حجية ، وقوة تنفيذية وطبيعتها القانونية ، وطرق الطعن فيها ، وما إلى ذلك من الأحكام القانونية المنظمة لمثل هذا النوع من التحكيم الإجبارى **Arbitrage Force** .

ومن تطبيقات نظام التحكيم الإجبارى فى فرنسا ، ماكان منصوصا عليه من تحكيم إجبارى ، بالنسبة لبعض المنازعات ، فى المواد (٥١) ومابعدها من المجموعة التجارية الفرنسية ، وهى المنازعات التى تقع بين الشركاء بسبب شركة تجارية .

وكان يقصد بالشركة التجارية فى هذا الصدد :

ليس فقط الشركة التجارية بسبب موضوعها **Selon son objet** – والتى كان يعبر عنها قديما فى فرنسا بشركة التجارة **Societe de commerce** – وإنما يقصد بها أيضا الشركة التجارية بحسب شكلها **Selon sa forme** .

وكان يخضع لهذا التحكيم الإجبارى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الشركاء ، أو المساهمين فى الشركات التجارية ، ولايخضع له الشركاء ، أو المساهمون الأوائل الذين وقعوا على عقد الشركة ، أو صادقوا على نظامها فحسب ، بل يخضع له أيضا الشركاء ، أو المساهمون الذين انضموا إلى الشركة أثناء حياتها ، عن طريق شراء الحصص ، والأسهم ، أو الإكتتاب فى زيادة رأس مال الشركة .

وكان يقصد بالمنازعات بين الشركاء ، أو المساهمين – والمنصوص عليها فى المواد (٥١) ومابعدها من المجموعة التجارية الفرنسية :

جميع المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن عقد الشركة – سواء تعلقت بالعقد ذاته ، أم بتنفيذه ، أم بنزاع يقتضى مباشرة دعوى الشركة قبل الشركاء ، أو دعوى الشركاء ضد الشركة ، أو بطلان جمعيتها العامة ، أو المتعلقة بمسئولية المديرين ، وأعضاء مجلس الإدارة ، أو بمطالبة الشركاء ، أو المساهمين بأداء الحصص التى تعهدوا بتقديمها للشركة ، أو برد ماحصلوا عليه من أرباح صورية .

وقد ألغيت المواد (٥١) ومابعدها من المجموعة التجارية ، بواسطة قانون (١٧) يوليو سنة ١٨٥٦ . وبالرغم من ذلك ، فقد صدر قانونا وضعيا فرنسيا فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، عقب انضمام فرنسا إلى بروتوكول جينيف لعام ١٩٢٣ ، مقررا للمرة الأولى صحة شرط التحكيم فى المواد التجارية ، من خلال إضافة الفقرة الأخيرة للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية ، والتى نصت على أنه :

" يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ بينهم من منازعات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما سبق " .

وهذه المنازعات هى :

١ – المنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بين التجار .

٢ – المنازعات التى تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية .

٣ – المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين الأفراد .

والمنازعات التى تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية كانت هى نفسها المنازعات المنصوص عليها فى المواد (٥١) ومابعدها من المجموعة التجارية الفرنسية ، والتى كانت تقرر تحكيما إجباريا ، قبل إلغائها بواسطة القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى السابع عشر من شهر يوليو سنة ١٨٥٦ ، وجاء القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى الحادى ، والثلاثين من شهر ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، مقررا إمكانية إدراج شروط التحكيم فى النظم الأساسية للشركات التجارية فى فرنسا ، على أساس نظام التحكيم الإختيارى ، وليس على أساس نظام التحكيم الإجبارى .

فضلا عن أنه كانت قد صدرت العديد من القوانين الوضعية فى فرنسا – وفى فترات محددة – والتى كانت قد نظمت تحكيما إجباريا فى العديد من المنازعات ، وظلت سارية خلال فترات محددة فى فرنسا ، ثم ألغيت بعد ذلك بنصوص قانونية وضعية صريحة .

فقد تقرر الأخذ بنظام التحكيم الإجبارى فى فرنسا فى منازعات العمل الجماعية ، فى فترات محدودة ، وفى ظل ظروف إستثنائية ، ثم أعيد بعد ذلك الأخذ بنظام التحكيم الإختيارى فيها .

فبعد المبادرات الذاتية لأصحاب الأعمال ، والعمال – والتى كانت تهدف إلى إقامة نظم خاصة للتوفيق ، والتحكيم فيما بينهم – تدخل المشرع الوضعى الفرنسى فى عام ١٨٩٢ – وعلى استحياء شديد – ليضع حدا للصعوبات التى تثيرها علاقات العمل فى مظهرها الجماعى .

حيث صدر أول قانون للتوفيق ، والتحكيم فى فرنسا ، والذى تضمن نظاما للتوفيق ، وآخر للتحكيم ، كلاهما كان نظاما إختياريا بحتا .

فقد جعل مبادرات التوفيق من اختصاص قاضى الصلح . فإذا لم تتم تسوية النزاع بالتوفيق ، دعى الأطراف لتعيين محكمين ، يختارونهم بأنفسهم . وكان التحكيم إختياريا بمعنى مزدوجا .

فمن ناحية ، فإن النزاع كان لايعرض على التحكيم إلا بموافقة الطرفين . ومن ناحية أخرى ، فإن تنفيذ قرار التحكيم كان يتوقف على الرغبة الخالصة للطرفين ، وكان ذلك هو سبب فشل هذا القانون ، بل فشل بسرعة بسبب نقص فيه منذ مولده .

ولذلك ، فمنذ صدور هذا القانون ، وخلال كل عشر سنوات – وبصورة منتظمة – كانت تعرض مشروعات قوانين وضعية فرنسية متنوعة ، لتحسين ماصلح من أحكامه ، وتلافى عيوبه ، لكن تلك المشروعات لم تنجح .

وأخيرا – وفى عام ١٩٣٦ – تعرض نظام التحكيم الجماعى فى فرنسا لتعديلات جوهرية ، فكانت بداية عصره الذهبى ، حيث ساد التحكيم الإجبارى فى فرنسا ، وأخذ به فى فترة محدودة ، من سنة ١٩٣٦ ، وحتى سنة ١٩٣٩ ، بموجب قانون ٣١ /١٢/ ١٩٣٦ ، وقانون ١٩٣٨/٣/٤ ، وكان نظاما مؤقتا ، جرى تجديده مرتين فى تلك الفترة القصيرة .

وبالرغم من أن تطبيق هذا النظام قد أظهر فاعلية سريعة – سواء بالنسبة لتسوية المنازعات سلميا ، أو بالنسبة للحد من الإضطرابات ، ونجاحه فى استنباط مبادئ هامة فى مجال العمل – إلا أن المشرع الوضعى الفرنسى عاد – وفى سنة ١٩٥٠ – للأخذ بنظام التحكيم الإختيارى السائد حاليا – والذى ثبت عدم فاعليته .

مع ملاحظة مايدخل من منازعات فى اختصاص مجالس المنازعات الفردية **Conseil de prud hommes** ، والتى لها ولاية النظر فى منازعات العمل الفردية ، دون غيرها من الهيئات القضائية الأخرى – مهما كانت قيمة النزاع .

فلا يخفى الأهمية العملية ، والمزايا الحقيقية التى يحققها نظام التحكيم فى الفصل فى منازعات العمل الفردية . وخير دليل على ذلك ، أننا نشهد بعض الدول قد أجازت الأخذ بنظام التحكيم فى منازعات العمل الفردية بشكل صريح ، ولكن بشروط معينة ، أو فى حالات محددة .

ويمكن الإشارة فى هذا الشأن إلى القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى التاسع ، والعشرين من شهر مارس سنة ١٩٣٥ ، والذى أنشأ لجنة تحكيم الصحفيين **Commission arbitrale des journaliste** ، وموضوعه هو الفصل فى المنازعات المتعلقة بتعويض صحفى ، أنهى خدمته بعد أكثر من خمسة عشر عاما من الخدمة – أى بعد أقدمية فى العمل مدتها خمسة عشر سنة – وعزل هذا الصحفى لتكرارإقترافه لخطأ جسيم . وعندئذ ، تشكل لجنة تحكيم من اثنين من المحكمين ، يتم تعيينهم بواسطة المنظمات المهنية لأصحاب العمل ، ويرأسها أحد القضاة ، وتنتهى الإجراءات بحكم لايحتاج إلى أمر بتنفيذه من القضاء العام فى الدولة .

ويتداخل عمل هذه الهيئة مع لجان فض منازعات العمل الفردية فى فرنسا . فإذا أدعى مثلا أحد الأطـراف أن عقد العمل لم يستمر أكثر من خمسة عشر عاما ، فإنه يجب عرض النزاع بداية على لجان فض منازعـات العمل الفردية ، بخصوص هذه المسألة الأولية **question prejudicielle** .

وقد أخذت مصر بنظام التحكيم الإجبارى لأول مرة بموجب قرار مجلس الوزراء ، الصادر بتـاريخ ١٩٦٦/١/١٠ ، والذى أنشأ هيئات التحكيم الإجبارى ، للفصل فى المنازعات التى تقع بـين الهيئـات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام .

ثم صدر بعد ذلك قانون المؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام المصرى رقم (٣٢) لسـنة ١٩٦٦ ، وتضمن قواعد التحكيم الإجبارى " المواد ٦٦ - ٧٦ " ، والتى حلت محلها المواد (٦٠- ٧٢) مـن القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ بشأن الهيئات العامة .

وكان العمل بنظام التحكيم الإجبارى ، للفصل فى المنازعات التى تقع بين الهيئات العامـة ، والمؤسسـات العامة ، وشركات القطاع العام فى مصر يستند إلى أساسين :

الأساس الأول :

أن منازعات القطاع العام لاتعتبر منازعات حقيقية بين مصالح متعارضة ، إذ أيا كان مـن يكسب القضية ، أو يخسرها ، فإن الأمر فى النهاية يعود إلى الدولة - صاحبة جميع شركات القطاع العام .

والأساس الثانى :

توفير الجهد ، والنفقات ، والبعد عن بطء الإجراءات ، - والتى تتسم بها الخصومـات أمام المحاكم القضائية - وهذا يؤدى من ناحية أخرى ، إلى تخفيف العبء عن كاهل هذه المحاكم القضائيـة - صاحبة الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى جميع منازعات الأفـراد ، والجماعـات ، وأيـا كـان موضوعها ، إلا مااستثنى بنص قانونى وضعى خاص .

على أن الأخذ بنظام التحكيم ، لحسم المنازعات التى تقع بين الهيئـات العامـة والمؤسسـات العامـة ، وشركات القطاع العام فى مصر قد لاقى بعض الإعتراضات من جانب فقه القانون الوضعى ، وأهم ماوجـه إليه :

الإعتراض الأول :

أنه يؤدى إلى الإخلال بمبدأ وحدة القضاء ، والذى يوصى بعرض جميـع منازعـات الأفراد ، والجماعات فى الدولة على جهة قضاء واحدة .

الإعتراض الثانى :

أنه إذا كان هناك مبررا لوجود هيئة متخصصة للنظر فى منازعات القطاع العام ، فإنـه يمكن أن يعهد بهذه المنازعات إلى دائرة متخصصة ، أو لمحكمة متخصصة - ضمن تشكيلات جهة المحـاكم القضائية فى مصر .

والإعتراض الثالث :

أن نظام التحكيم الإجبارى المقرر قانونا للفصل فى المنازعات التى تقع بين الهيئات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام يكلف الدولة أعباء مالية كبيرة ، تتمثل فى المكافآت المالية التى تمنح للمحكمين والمعاونين لهم ، وأن هذه المكافآت نفسها تعتبر وسيلة للمساس باستقلال القضاء .

وفيما يتعلق بتشكيل هيئات التحكيم الإجبارى المقرر قانونا للفصل فى المنازعات التى قد تقع بين الهيئات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام ، فإنه تشكل هيئة تحكيم مختلفة بالنسبة لكل نزاع على حدة فلا توجد هيئة تحكيم مشكلة مقدما ، لنظر ماقد يرفع إليها من دعاوى .

وفى هذا ، تختلف هيئات التحكيم الإجبارى المقرر قانونا للفصل فى المنازعات التى قد تقع بين الهيئات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام عن المحاكم القضائية - عادية كانت ، أم إستثنائية .

ولقد كان القانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ - الملغى - والذى نقل عنه القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ - والملغى كذلك - يقضى بأنه :

" يجوز لهيئات التحكيم المنصوص عليها فى القانون المذكور أن تنظر أيضا فى المنازعات التى قد تقع بين شركات القطاع العام ، وبين الأشخاص الطبيعيين ، والأشخاص الإعتبارية - وطنيين كانوا أو أجانب - إذا قبل هؤلاء الأشخاص بعد وقوع النزاع إحالته على التحكيم " .

فالمشرع الوضعى المصرى - ومراعاة للرغبة فى اختصار الوقت وتقليل النفقات ، وتبسيط الإجراءات [٢] - كان قد جعل نظام التحكيم إجباريا فى منازعات شركات القطاع العام ، والتى قد تقع بين شركات القطاع العام بعضها ، وبعض ، أو بين الجهات الحكومية - مركزية ، أو محلية - أو الهيئات العامة ، أو هيئات القطاع العام .

أما المنازعات التى قد تقع بين شركات القطاع العام ، والأشخاص الخاصة - سواء كانوا طبيعيين ، أم معنويين ، وطنيين ، أم أجانب - فإن المشرع الوضعى المصرى كان قد جعل نظام التحكيم فيها إختياريا - بحسب الأصل العام فى التحكيم .

ومن الملاحظ أنه وفى ظل القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ ، فقد كان لهيئات تحكيم القطاع العام إختصاصا بالنسبة للمنازعات التى يكون أحد طرفيها شركة قطاع عام ، ويكون الطرف الآخر شخصا خاصا ، إذا قبل هذا الأخير إختصاصها .

ولقد كانت محكمة النقض المصرية قد تعرضت لعلة التفرقة بين نظام التحكيم الإجبارى ، ونظام التحكيم الإختيارى فى منازعات شركات القطاع العام ، إذ قالت فى أحد أحكامها أنه : " المنازعات التى قصد المشرع الوضعى المصرى إخضاعها لنظام التحكيم الإجبارى - والذى استحدثه القانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ - إنما هى المنازعات الموضوعية التى تنشأ بين شركات القطاع العام ، أو بين إحداها ، وبين جهة حكومية ، أو هيئة ، أو مؤسسة عامة - بشأن تقرير حق ، أو نفيه - اعتبارا بأن هذه الأنزعة - وعلى ماجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون الوضعى المصرى المشار إليه - لاتقوم على

خصومات تتعارض فيها المصالح – كما هو الشأن فى مجال القطاع الخاص – بل تعود فى نتيجتها إلى جهة واحدة ، وهى الدولة " .

ونتيجة لهذا ، فإنه لم يكن هناك مجالا لشرط التحكيم ، أو مشارطته فى منازعات شركات القطاع العام ، بين بعضها البعض ، والأشخاص العامة المذكورة سلفا ، حيث يكون نظام التحكيم إجباريا .

إذ أن كلا من شرط التحكيم ، ومشارطته يعد عملا إراديا . ومن ثم يفترض أن يكون الإلتجاء لنظام التحكيم إختياريا .

إنما يجوز الإتفاق على شرط التحكيم ، أو مشارطته فى منازعات شركات القطاع العام مع الأشخاص الخاصة الأخرى ، حيث لاتخضع هذه الفئة الأخيرة من الأشخاص لنظام التحكيم الإجبارى المذكور (١) .

غير أن مااقتضاه القانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ – الملغى – والذى نقل عنه القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ – والملغى أيضا – من وجوب حصول الإتفاق بين شركات القطاع العام ، والأشخاص الخاصة على التحكيم بعد وقوع النزاع ، كان محلا للنقد باعتبار أن هذا الشرط لم يجد مايبرره فى مجال المنازعات الناشئة عن عقود شركات القطاع العام مع الأشخاص الخاصة ، وأنه ليس مايحول منطقيا فى هذا النوع من الأنزعة أن يكون الإتفاق على التحكيم قبل وقوع النزاع ، أى أن يحصل فى شكل شرط للتحكيم .

ثم صدر القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ " قانون هيئات القطاع العام ، وشركاته " منظما التحكيم الإجبارى لمنازعات المشروعات العامة – وهى المنازعات التى تنشأ بين شركات القطاع العام بعضها مع بعض ، أو بين إحدى المؤسسات العامة ، أو الجهات الحكومية – مركزية أو محلية – أو هيئة من الهيئات العامة – فى المواد " (٥٦) – (٦٩) " ، والذى حل محل القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ بشأن الهيئات العامة .

وفيما يتعلق بنطاق هذا التحكيم الإجبارى ، فقد عددت المادة (٥٦) من القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ المنازعات التى تنظرها هيئة التحكيم الإجبارى ، وهى :

(١) :

المنازعات بين شركات القطاع العام :

فكل دعوى يكون فيها كل من المدعى ، والمدعى عليه من شركات القطاع العام ، فإنه يجب رفعها إلى هيئات التحكيم الإجبارى المنصوص عليها فى القانون المذكور

(٢) :

المنازعات بين شركة قطاع عام ، وبين جهة حكومية – مركزية ، أو محلية – أو هيئة عامة ، أو هيئة قطاع عام ، أو مؤسسة عامة :

فالتحكيم لايكون إجباريا إلا إذا كان أحد الطرفين شركة قطاع عام . أما الطرف الآخر ، فإنه قد يكون شركة قطاع عام ، أو جهة حكومية – مركزية أو محلية – أو هيئة عامة ، أو هيئة قطاع عام ، أو مؤسسة عامة .

فإذا قام نزاعا بين جهتين حكوميتين ، أو جهة حكومية ، أو هيئة عامة ، أو مؤسسة عامة ، فإنه لايعـــرض على هيئات التحكيم الإجبارى المنصوص عليها فى القانون المذكور ، وإنما يدخل هذا النزاع فى اختصـــاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة " المادة (٦٦) من قـــانون مجلـــس الدولـــة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ " .

والتحكيم أمام هيئات التحكيم المنصوص عليها فى القانون المذكور كان تحكيمـــا إجباريـــا بالنسبة لأطرافه ، فليس لأى من أطراف المنازعات المشار إليها رفعها إلى المحكمة المختصـــة أصـــلا بتحقيقـــها ، والفصل فى موضوعها بل يجب رفعها إلى هيئات التحكيم الإجبارى المنصوص عليها فى القانون المذكـــور – سواء رفعت الدعوى القضائية بصفة أصلية ، أم كانت قد رفعت فى صورة دعوى قضائية فرعية .

ولهذا ، لاتكون للمحاكم ولاية نظر دعوى الضمان الفرعية المقامة أثناء نظر خصومة قضائية أمام جهـــة المحاكم ، من هيئة عامة ، ضد إحدى شركات القطاع العام .

ولنفس العلة ، فإنه إذا تعدد الخصوم فى الدعوى القضائية ، وكان أحدهم شخصا طبيعيـــا ، أو شـــخصا إعتباريا خاصا ، إلى جانب شركة قطاع عام ، أو شركة قطاع عام ، وجهة حكومية ، أو هيئة عامة . فإنـــه فى هذا الفرض لاتتوافر حالة تحكيم إجبارى من هذا النوع .

وتطبيقا لهذا ، فقد قضى بأنه : " إذا كانت المدعى عليها – وهى شركة قطاع عام – قد اختصمت أيضـــا بصفتها وكيلة عن باخرة أجنبية ، فإن الإختصاص يكون للمحاكم ، وليس لهيئات التحكيـــم المنصـــوص عليها فى القانون المذكور " .

وإذا تعلق الأمر بإحدى المنازعات التى تدخل فى نطاق اختصاص هيئات التحكيم المنصوص عليـــها فى القانون المذكور ، فإنه يجب رفعها إليها ، بحيث لايقبل رفعها أمام القضاء العادى ، أو أى هيئـــة قضائيـــة إستثنائية ويتعلق الأمر بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، فلا يجـــوز الإتفـــاق علـــى مخالفتـــه ، ولاتصحح تلك المخالفة إجازة ، ولايرد عليها قبول . فرغم مبررات التحكيم الإجبارى فى مصر ، فإنـــه يعتبر استثناء ، لايجوز التوسع فى تفسير حالاته ، أو القياس عليها .

ومن الملاحظ أنه وفى ظل القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ ، فقد كان لهيئات تحكيـــم القطاع العام إختصاصا بالنسبة للمنازعات التى يكون أحد طرفيها شركة قطاع عـــام ، ويكـــون الآخـــر شخصا خاصا ، إذا قبل هذا الأخير إختصاصها ، ولكن هذا الإختصاص لم يظـــهر فى القـــانون الوضعـــى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ .

ورغم أن الإلتجاء إلى هيئات تحكيم القطاع العام كان يعتبر إجباريا فى النطاق الذى كـــان ينـــص عليـــه القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ المذكور ، فإنه كان يجوز لطرفى النزاع الإتفاق علـــى تحكيم إختيارى يتم وفقا لنصوص قانون المرافعات المصـــرى " المـــواد (٥٠١) – (٥١٣) – والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المـــواد المدنيـــة ، والتجارية " .

ذلك أن المشرع الوضعي المصري وبتنظيمه للتحكيم الإجباري ، كان قد جعله عوضا عن رفع الدعوى القضائية أمام المحاكم العادية ، ولم يمنع به التحكيم الإختياري ، والذى يملكه الخصوم - أطراف هذه المنازعات - وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها فى قانون المرافعات المصرى " المواد (٥٠١) - (٥١٣) - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " . ولهذا ، فإن الخصوم كانوا يستطيعون أن يتصالحوا فيما بينهم ، أو أن يتفقوا على تحكيم إختيارى ، ومثل هذا الإتفاق يكون صحيحا - سواء كان قد تم قبل نشأة النزاع ، أو بعد نشأته ، أى سواء كان ذلك الإتفاق التحكيمى فى صورة شرط للتحكيم ، يكون واردا فى عقد من العقود ، كأحد بنوده ، أو مشارطة تحكيم مستقلة .

إلا أنه وبالرغم من ذلك ، فقد صدر القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام ، بتاريخ (١٩) يوليو سنة ١٩٩١ . وقد نصت المادة الأولى من قانون إصداره على أنه :

" يعمل به بشأن الشركات القابضة والشركات التابعة لها الخاضعة له وعلى ألا تسرى أحكام قانون هيئات القطاع العام وشركاته الصادرة بالقانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ على الشركات المشار إليها " .

ولم ينظم القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام تحكيما إجباريا خاصا بشركات قطاع الأعمال العام ، أسوة بالتحكيم الذى كان يعرفه القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ .

وعلى هذا ، فإنه ومنذ نفاذ القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ لايسرى نظام تحكيم شركات القطاع العام على شركات القطاع العام التى خضعت لهذا القانون .

وجدير بالذكر ، أن المادة (٤٠) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام المذكور تنص على أنه :

" يجوز الإتفاق على التحكيم فى المنازعات التى تقع بين الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون أو بينها وبين الأشخاص الإعتبارية العامة أو الأشخاص الإعتبارية من القطاع الخاص ، أو الأفراد وطنيين كانوا أو أجانب . وتنطبق فى هذا الشأن أحكام الباب الثالث من قانون المرافعات المدنية ، والتجارية " نصوص قانون المرافعات المصرى " المواد (٥٠١) - (٥١٣) - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " .

ولهذا ، فإن شركات قطاع الأعمال العام - شأنها شأن الأفراد ، والجماعات ، وشركات القطاع الخاص - لم يعد أمامها فى مصر من صور التحكيم ، إلا التحكيم الإختيارى - والذى ينظمه قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - وتخضع فى ذلك لقواعد هذا التحكيم ، تماما كالقطاع الخاص فى مصر . ويمكن لشركة قطاع الأعمال العام أن تبرم اتفاقا على التحكيم - شرطا كان أم مشارطة - سواء مع شخص اعتبارى عام - كإحدى الوزارات ، أو المحافظات ، أو هيئة من الهيئات العامة - أو مع شخص خاص - فردا كان ، أم شخصا إعتباريا -

ويستوى أن يكون الطرف الآخر فى الإتفاق على التحكيم مع شركة قطاع الأعمال العام وطنيا ، أم أجنبيا .

ولكن يثور التساؤل الآن - وبعد صدور القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام - حول نطاق نظام التحكيم الإجبارى ؟ .

وللإجابة على هذا التساؤل ، فإنه يجب مراجعة نص المادة (٤١) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام ، والتى جاء نصها على النحو التالى :

" طلبات التحكيم بين شركات القطاع العام أو بينها وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو هيئة قطاع عام أو مؤسسة عامة التى قدمت قبل تاريخ العمل بهذا القانون ، وكذلك منازعات التنفيذ الوقتية فى الأحكام الصادرة فيها يستمر نظرها أمام هيئات التحكيم المشكلة طبقا لأحكام هيئات القطاع العام وشركاته بالقانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ ، وطبقا للأحكام والإجراءات المنصوص عليها فيه " .

ومفاد النص المتقدم الوضعى المصرى ، أن هيئات تحكيم القطاع العام لم يعد لها اختصاصا بالنسبة لشركات القطاع العام التى تخضع للقانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ ، وبمنازعات التنفيذ الوقتية فى الأحكام الصادرة فى هذه الطلبات .

وبعد انتهاء الفصل فى هذه الطلبات ، وفى المنازعات الوقتية فى الأحكام الصادرة فيها ، وخضوع كل شركات القطاع العام لقانون قطاع الأعمال العام رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام ينتهى كل وجود لنظام التحكيم الإجبارى فى منازعات القطاع العام فى مصر .

وبالإضافة لما تقدم ، فإن مصر قد وضعت أحكاما قانونية تتعلق بتسوية منازعات العمل الجماعية ، عن طريق وسائل مختلفة ، من بينها : التحكيم - باعتباره الوسيلة النهائية الحاسمة لتسوية منازعات العمل الجماعية . فقد تضمن قانون العمل المصرى رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١ أحكام التسوية الودية ، والتحكيم فى منازعات العمل الجماعية ، فى الفصل الثالث من الباب الرابع منه " المواد (٩٣) - (١٠٦) " . ومن المبادئ التى استحدثها هذا القانون الوضعى المصرى ، أنه قرر نظام المفاوضة الجماعية وجعله إجباريا ، وسابقا على نظام التحكيم .

وقد أخذت مصر بالتحكيم الإجبارى فى منازعات العمل بصورة مطلقة بحيث تحال إلى التحكيم أية منازعة جماعية ، بدون قبول ، أو موافقة كلا الطرفين ، بصرف النظر عما إذا كانت المنازعة تتعلق بمرفق حيوى ، أو بغيره من المرافق ، وبصرف النظر عما إذا كانت ذات آثار خطيرة ، أو غير خطيرة على المصلحة العامة ، أو الخاصة ، وسواء كانت منازعة هامة أو قليلة الأهمية نسبيا .

وموقف مصر فى أخذها بمبدأ التطبيق العام بالنسبة لنظام التحكيم فى منازعات العمل الجماعية ، يخالف موقف بعض الدول التى أخذت بنظام التحكيم الإجبارى ، ولكن فى نطاق محدود .

فمنها من حصرته فى نطاق المنازعات المتعلقة بالمرافق الحيوية .

ومنها من حصرته فى نطاق المنازعات المتعلقة بالصالح العام .

ومنها من قيدته بشروط معينة ، تحد من نطاق تطبيقه .

وإن كان هناك جانب من فقه القانون الوضعى قد ذهب إلى أنه لايجوز - بصفة عامة - التحكيم فى المنازعات التى أقامت فيها الأنظمة القانونية الوضعية توازنا دقيقا بين المصالح المتعارضة - كالمنازعات بين العامل وصاحب العمل - لأنه لو سمح بنظام التحكيم فى هذه المنازعات ، فإن ذلك سيؤدى من الناحية العملية إلى إهدار الضمانات ، وتضييع الحقوق للطرف الضعيف إقتصاديا فى هذه المنازعات ، وهو العامل

ويرى جانب من فقه القانون الوضعى أن التحكيم فى منازعات التجارة الدولية ليس عملا من طبيعة إرادية خالصة . إذ أن واقع التجارة الدولية كثيرا ماينبئ عن أن حرية الخصوم فى اختيار نظام التحكيم أصبحت وهما لأنه كثيرا مايفرض نظام التحكيم جبرا على أطراف التجارة الدولية - كما هو الحال فى العقود الدولية ذات الشكل النموذجى . فى دراسة التحكيم الإجبارى ، أنظر :

EMILE - TYAN : Le Droit de l'arbitrage . P . 235 et s ; JEAN ROBERT : Arbitrage civile et commercial en droit interne . T . 1 . troisieme edition . 1961 . Edition Sirey . P . 15 et s ; Repertoire De Droit civile . Deuxieme edition. T . 111 . 1987 . N . 51 et s .

وانظر أيضا : شمس مرغنى على - التحكيم فى منازعات المشروع العام - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - عالم الكتب بالقاهرة - ١٩٧٣ - ص ٤٩٥ ومابعدها ، محمدى منصور - نظام التحكيم فى القطاع العام - مقالة منشورة بمجلة المحاماة المصرية - يناير سنة ١٩٧١ - ص ١٧١ ومابعدها ، محمد عبد الخالق عمر - نظام التحكيم فى منازعات القطاع العام - مقالة منشورة فى مجلة القانون ، والإقتصاد - تصدرها كلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٦٢ - العدد الثانى - ص ٧١ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٣٤ ومايليه ص ٣٣١ ومابعدها ، حسنى المصرى - نظرية المشروع العام - ١٩٧٩ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٢٧١ ومابعدها ، أمينة مصطفى النمر - قوانين المرافعات - الكتاب الثالث - ١٩٨٢ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٨٦ ، ٨٧ ص ١٥٦ ومابعدها ، فتحى والى - التنفيذ الجبرى - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٥٠ ومايليه ص ٩٩ ومابعدها ، محمد محمد يحيى - التحكيم الإجبارى فى القانون المصرى - محاضرة فى مؤتمر التحكيم ، والذى نظمه مجمع تحكيم الشرق الأوسط ، والبحر المتوسط فى القاهرة - فى الفترة من ٧ - ١٢ يناير سنة ١٩٨٩ - عن المشكلات الأساسية فى التحكيم الدولى من منظور التطوير ، محمود محمد هاشم - قواعد التنفيذ ، وإجراءاته فى قانون المرافعات - ط٢ - ١٩٩١ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ١٠٨ ص ٢١٢ ، ٢١٣ ، محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكين - ص ٦١ ومابعدها ، أحمد محمد مليجى موسى - التنفيذ - ١٩٩٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١٧٥ ، محمد محمود إبراهيم - أصول التنفيذ الجبرى - ١٩٩٤ - دار الفكر

فضلا عن أنه إذا كان الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لـه أهمية فى بعض نواحى نظام التحكيم - **باعتبار أنه هو الذى يحـدد نطـاق التحكيم** ، من حيث أشخاصه ، وموضوعه - فهو الذى يعين هيئة التحكيـم التى ستفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم ، أو يبيـن طريقـة تعيينها ، كما يعين النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم ، أو مجـال هـذا النزاع .

بل إن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - قد يشـتمل علـى بيان الإجراءات الواجبة الإتباع فى نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وتحديد مواعيدها ، والقانون الواجب التطبيق على موضوعه ، أو حتى إعفاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم مـن تطبيق أى قانون وضعى موضوعى معين - **كما فـى نظـام التحكيـم مـع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـوع الإتفـاق علـى التحكيم بالصلح** بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيـم** " - فإن كل ذلك لايعنى أن العقد هو جوهر نظام التحكيـم ، لأن هيئـة التحكيـم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتعين دائما باتفـاق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو بواسطتهم ، وإنمـا قد يعينها القضاء العام فى الدولة أحيانا ، أو تعين بواسطة مراكـز التحكيـم

العربى بالقاهرة - ص ٩٠ ومابعدها ، **عبد الحميد الشـوارى** - التحكيـم - ١٩٩٥ - ص ٢٣ ومابعدها ، ص ٣٧٩ ومابعدها ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٦٩ ومايليه ص ٢٥٥ ومابعدها ، **وجدى راغب فهمى** - التنفيـذ القضـائى - ١٩٩٥ - ص ١٣٠ ، ١٣١ ، عبد الحميد الشوارى - التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقـه ، والقضـاء ، والتشـريع - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - ص ٣٧٩ ومابعدها ، **أحمد ماهر زغلول** - أصـول التنفيذ الجبرى - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٣٥ ومايليه ص ٢٥٥ ومابعدها ، **على سالم إبراهيم** - ولايـة القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٤ ومابعدها .

الدائمة – والتى يلجأ إليها الأطراف الراغبة فى التحكيم ، **بديلا عن القضاء العام فى الدولة ، للفصل فى منازعاتهم .**

وهذا لايعنى فقدان نظام التحكيم لذاتيته [1] ، لأن اعتراف القانون الوضعى بالإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – لاينفى أن العقد هو المصدر المباشر لسلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وأن القانون الوضعى هو المصدر غير المباشر لها – **كما هو الحال بالنسبة لآثار العقود ، والتصرفات القانونية .**

على أساس أن الأفراد ، والجماعات يكونوا أحرارا فى الإتفاق على التحكيم أو عدم الإتفاق عليه ، كما يملكون اختيار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وتحديد نطاق سلطتها ، ووسائل مباشرتها ، وآثارها ، مما يجعل إراداتهم هى المصدر المباشر ، والواقعى لسلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وأن هيئة التحكيم ليست سوى شخصا مفوضا من الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، للفصل فى النزاع بينهم .

السند الثانى :

إختلاف نظام التحكيم عن نظام القضاء العام فى الدولة فى بنائه الداخلى :

إن مايميز نظام التحكيم عن نظام القضاء العام فى الدولة ، **أن الأول :** يكون أداة خصوصية للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

أما الثانى :

فهو طريقا عاما لحماية الحقوق ، والمراكز القانونية للأفراد والجماعات .

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى – هل التحكيم نوع من القضاء – المقالة المشار إليها – ص ١٣٥ .

فالأول :

يتشكل فى كل حالة على حدة - **حسب المقتضيات الخاصة للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .**

أما الثانى :

فتحكمه قواعد عامة مجردة ، موضوعه سلفا لأية دعوى قضائية قد تعرض عليه ، للفصل فيها [1] .

فبينما يتميز القضاء العام فى الدولة بأنه طريقا إجرائيا عاما ، لحماية الحقوق ، والمراكز القانونية للأفراد ، والجماعات ، يخضع لقواعد مجردة . فإن نظام التحكيم يكون طريقا خصوصيا ، مفصلا عضويا ، وإجرائيا للفصل فى نزاع معين .

وإذا كان نظام التحكيم لايوفر لذلك الضمانات العديدة التى يوفرها القانون الوضعى فى القضاء العام فى الدولة ، فإنه يكتسب بذلك مرونة لايوفرها القضاء العام فى الدولة .

إذ تشكل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من العناصر الفنية ، أو القانونية الأكثر قدرة على تفهم المسائل المتنازع عليها ، وتسعى هذه الهيئة إلى حل النزاع على النحو الأكثر إستجابة لخصوصيات النزاع موضوع الإتفاق علىالتحكم .

ولذلك ، فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تصدر حكم التحكيم فيه ، غير مقيد بإجراءات المرافعات المدنية والتجارية - **عدا مانص عليه فى باب التحكيم .**

---

(١) أنظر : وجدى راغب فهمى - هل التحكيم نوع من القضاء ؟ . المقالة المشار إليها - ص ١٣٨ ، ١٣٩ .

ومع ذلك ، فإنه يجوز للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " الإتفاق على إجراءات معينة ، تسير عليها هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

فالتحكيم يتيح لأطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إختيار الأسلوب الإجرائي الأكثر ملائمة لخصوصيات كل نزاع على حدة .

كما يجيز القانون الوضعي تفويض هيئة التحكيم بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، دون التقيد بقواعد القانون الوضعي الموضوعي ، وأن تحكم بماتراه أكثر عدالة ، أو ملاءمة لحل النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **وهو مايعرف بنظام التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم "** .

وحتى في الحالات التي تكون فيها هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مقيدة بالحكم وفقا للقانون الوضعي ، فإن خصوصية الأداة التحكيمية تنعكس بالضرورة على الحل الموضوعي للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وتفرز الحل الأكثر استجابة لخصوصياته ، في إطار القانون الوضعي [١] .

وإذا كان قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ينظم عن طريق قواعد عامة مجردة القضاء المدني – **عضويا ، وإجرائيا** .

فيحدد قواعد النظام القضائي :

والتي تبين المحاكم المختلفة ، وتشكيل كل منها .

---

[١] أنظر : وجدي راغب فهمي – مفهوم التحكيم ، وطبيعته – المقالة المشار إليها – ص ٢٤ ، ٢٥ .

وتحدد قواعد الإختصاص القضائى :

الدعاوى القضائية التى تدخـــل فـــى سلطة كل محكمة .

وتبين قواعد التقاضى :

الإجراءات الواجبة الإتباع أمام المحكمة المختصــة بتحقيق النزاع ، والفصل فيه - **والمعروض عليها ، للفصل فيــه** - وتنشــأ محاكم دائمة لنظر الدعاوى القضائية - **وفقا لهذه القواعد** - بحيــث ترفــع الدعوى القضائية أمام المحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعـــها بناء على قواعد الإختصاص القضائى ، وتتبع أمامـــها إجـراءات التقـاضى المحددة فى القواعد العامة للتقاضى مقدما بالنسبة لكل الدعـاوى القضائيــة . فضلا عما يضعه المشرع الوضعى من نظم إجرائية خاصة ، لحماية بعـــض حقوق الأفراد ، والجماعات ، والتى تظل خاضعة لقواعد مجردة تنطبق علـــى طائفة من الحقوق ، والمراكز القانونية ، بحيث لايميزها - **من حيث طبيعتـــها** - عن النظام الإجرائى العام ، سوى نطاقها المحدود ، والخاص بطائفة مـــن الحقوق ، والمراكز القانونية .

ومع ذلك ، فإن قانون المرافعات المدنية ، والتجارية قد يتسامح مع الأفـــراد والجماعات فى مجال الحقوق الخاصة - **والتى يملكون حرية التصرف فيـــها** - فيسمح لهم باتباع طريقا إجرائيا مختلفا للفصل فى منازعاتهم ، بشأن هـــذه الحقوق ، والمراكز القانونية ، وهو التحكيـم ، وهـــو عبـــارة عـــن طريقـــا خصوصيا للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم ، إذ لايعــرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على قاضيه الطبيعـــى - **أى المحكمـــة المحددة مقدما ، وفقا لقواعد الإختصاص القضائى** - وإنما أمام فـــردا ، أو هيئة غير قضائية ، تشكل خصيصا لهذا الـــنزاع وحـــده ، ولايتقيـــد نظـــره بالإجراءات المحددة سلفا بقواعد عامة مجردة ، وإنما يترك لأطراف الـــنزاع

موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه إتباع الإجراءات التى ترى ملاءمتها للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، مع التقيد بالضمانات الأساسية للتقاضى [1] .

البند الثالث :

الإختلاف بين وظيفة نظام التحكيم ، ووظيفة نظام القضاء العام فى الدولة :

إذا كان كل من القاضى العام فى الدولة ، وهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يفصل فى منازعات قانونية بين الأفراد ، والجماعات ، ويطبق القانون الوضعى على وقائعها ، فإن هذا لايحدث دائما فى كل صور القضاء العام فى الدولة ، والتحكيم .

فالقضاء العام فى الدولة قد يباشر وظيفته ، ويصدر أحكاما قضائية فى الدعاوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها ، دون وجود نزاع بين الطرفين " - كما فى حالة الأحكام الإتفاقية ، أو حالة إقرار المدعى عليه فى الدعوى القضائية بالدين المطلوب .

ولايتطلب القانون القانون الوضعى وجود نزاع بين الطرفين ، وإنما يكفى وجود مصلحة للمدعى فى الدعوى القضائية .

ولذا ، فإن النظرية التقليدية التى تعرف وظيفة القضاء العام فى الدولة بأنها الفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، أصبحت تلاقى نقدا حاسما من فقه القانون الوضعى الحديث ، والذى تبين أنها لاتعطى تعريفا علميا جامعا ، ومانعا لوظيفة القضاء العام فى الدولة .

فوظيفة القضاء العام فى الدولة قوامها حماية القانون الوضعى . ولذا فإن مهمة القاضى المدنى هى حماية الحقوق ، والمراكز القانونية للأفراد

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى - هل التحكيم نوع من القضاء ؟ . المقالة المشار إليها - ص ١٤٠ ، ١٤١ .

والجماعات – **والناشئة عن المعاملات الخاصة** – عندما تكون فى حاجة إلى هذه الحماية .

وإذا كانت المنازعات التى تثور بين أطـــراف هـــذه الحقـــوق ، والمراكـــز القانونية هى من الصور الشائعة التى تثير الحاجة إلى الحماية القضائيـــة ، إلا أن القضاء العام فى الدولة يتدخل فى هذه الحالات – **كما يتدخل فى غيرهـــا فى صور الحاجة إلى هذه الحماية** – بغرض تحقيق مهمته القانونية البحتـــة وهى حماية الحقوق ، والمراكز القانونية للأفراد ، والجماعات ، ويكون أداتـــه فى ذلك ، هى القانون الوضعى وحده – أى تطبيق قواعد القانون الوضعـــى على وقائع الموضوع المعروض عليه ، من خلال منـــهجا إجرائيـــا ينظمـــه قانون المرافعات المدنية ، والتجارية [1] .

أما نظام التحكيم :

فإنه قد يفصل فـــى منازعـــات قانونيـــة بيـــن الأفـــراد والجماعات ، مطبقا قواعد القانون الوضعى على وقائع الموضوع المعـــروض على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتـــفاق على التحكيـــم من خلال منهجا إجرائيا معينا ، ولكنه قد يحل كذلك المنازعـــات موضـــوع الإتفاق على التحكيم دون الإلتزام بتطبيق قواعد القـــانون الوضعـــى علـــى الموضوع - **كما هو الحال فى نظام التحكيم مـــع تفويـــض هيئـــة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـــم بـــالصلح بيـــن الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم "** - ودون التقيد بمنـــهج إجرائى معين - **كما هو الحال فى التحكيم الحر Ad hoc** .

وهذا يعنى أن فكرة تطبيق القانون الوضعى على النزاع موضوع الإتفـــاق على التحكيم ، والإلتزام به لايمكن أن تدخل فى التعريف العلمى لوظيفة نظام التحكيم ، ولاتمثل جوهره الملازم له ، وإن كان قـــد لوحـــظ أنـــه لاتحكيـــم

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى – هل التحكيم نوع من القضاء – المقالة المشار إليها – ص ١٤١ .

بلا نزاع ، لأن الغاية المشتركة لكل صور التحكيم ، هي الفصل في المنازعات بين الأفراد ، والجماعات – **سواء تم ذلك بالقانون الوضعي** ، أم **بغيره " نظام التحكيم بالقضاء – التحكيم العادي – ونظام التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم "** (١)

فإذا كان نظام التحكيم يقترب من نظام القضاء العام في الدولة في بعض الصور ، فإن هذا لاينبغي أن يخفي الإختلاف الجوهري بين وظيفة كل منهما إذ بينما تكون وظيفة القاضي العام في الدولة قانونية بحتة ، تتمثل في حماية الحقوق ، والمراكز القانونية للأفراد ، والجماعات – **بصرف النظر عن وجود نزاع ، أو عدم وجوده ، وعن أثر حكمه على مستقبل النزاع في حالة وجوده** – فإن وظيفة نظام التحكيم الحقيقية ، هي وظيفة إجتماعية واقتصادية سلمية بحتة ، وهي حل النزاع بالقانون الوضعي ، أم بغيره على نحو يضمن استمرار العلاقات بين أطراف هذا النزاع في المستقبل (٢) .

السند الرابع :

عدم خضوع هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لنظام القاضي العام في الدولة في القانون الوضعي :

إن اعتبار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قاضيا خاصا ، أو عاما ، أمرا تكذبه قواعد القانون الوضعي ، والتي تخضع هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لنظام قانوني مغاير لذلك الذي يخضع له القاضي العام في الدولة – **من حيث**

---

(١) أنظر : وجدى راغب فهمي – الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمي – هل التحكيم نوع من القضاء ؟ . المقالة المشار إليها – ص ١٤١ .

صلاحيتها لنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والذى اختيرت للفصل فيه ، ومسئوليتها .

فلا يشترط فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مايشترط فى القاضى العام فى الدولة ، من حيث السن ، أو الجنسية أو الجنس ، أو المؤهلات ، أو الخبرة ، ولاتحلف يمينا قبل مباشرتها لعملها وإنما يلزم قبولها القيام بمهمة التحكيم بين الأطراف المحتكمين " أطراف **الإتفاق على التحكيم** " ، وهى لاتكون مرتكبة لجريمة إنكار العدالة ، إذا امتنعت عن الحكم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وإنما تخضع للقواعد العامة للمسئولية المدنية ، إذا امتنعت دون مبرر ، أو عذر عن الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولاتكون الدولة مسئولة عنها - **كما هو الحال بالنسبة للقاضى العام فى الدولة** - وهى لاتتمتع بسلطة الأمر على الخصوم ، أو الغير .

ولذا ، فإنه لايجوز لها توقيع غرامات على الأطراف ، أو الشهود ، أو إدخال الغير فى خصومة التحكيم ، أو إلزامه بتقديم مستند تحت يده ، وإنما تلجأ فى مثل هذه الحالات إلى القضاء العام فى الدولة ، لاستصدار مثل هذه الأوامر (١) .

وبالتالى ، إذا لم تكن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم خاضعة لنظام القاضى العام فى الدولة فى القانون الوضعى فكيف يمكن أن يطلق عليها إصطلاح القاضى ، ألا تكون فى هذه الحالة تسمية خالية من مضمونها . أو بعبارة أخرى ، إسما على غير مسمى (١) .

---

(١) أنظر : وجدى راغب فهمى - هل التحكيم نوع من القضاء ؟ . المقالة المشار إليها - ص ١٤٢

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمى - الإشارة المتقدمة .

السند الخامس :

ظهور نظام التحكيم قبل نظام القضاء العام فى الدلة ونشأته المستقلة عنه :

إذا كان نظام التحكيم أسبق فى ظهوره على نظام القضاء العام فى الدولة ، إلا أنه ظل قائما ، ومنتشرا بعد ظهوره .

وإذا كانت المجتمعات البدائية قد عرفت نظام التحكيم قبل نظام القضاء العام فى الدولة ، حيث أفرزت الحياة الإجتماعية منذ القدم أسلوبا ثالثا لحل المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، لايقوم على السلطة العامة - **مثل نظام القضاء العام فى الدولة** - ولايتم ذاتيا برضاء الأطراف ذوى الشأن - **مثل نظام الصلح** - وإنما بنزول أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على رأى نظير لهما ، يثقان فى رأيه ، وهذا هو نظام التحكيم ، فهو أداة سلمية بحتة ، لاتقوم على حل للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، يفرض من أعلى ، بقوة السلطة العامة ، وإنما على امتثال الأفراد ، والجماعات لرأى من يحوز ثقتهم ، وهو يفترض بذلك أن يكون حلا مرضيا لأطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **وإن لم يتم برضائهم** .

ولذلك ، فإنه يستجيب لحاجة التعايش السلمى ، واستمرار العلاقات بين أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى المستقبل [1] .

فنظام التحكيم بذلك قد نشأ نشأة مستقلة عن القضاء العام فى الدولة واستمر قائما بعد ظهوره ، لأنه يشبع حاجة إجتماعية مختلفة ، لايحققها القضاء العام فى الدولة ، وهذا يقتضى تمييزه عن القضاء العام فى الدولة

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم وطبيعته - المقالة المشار إليها - ص ٢٧ ومابعدها ، والمراجع المشار إليها .

العام فى الدولة ، بضماناته الشكلية الكثـــيرة ، وقواعـــده الجـــامدة [1] ، [2] .

(١) أنظر : وجدى راغب فهمى - هل التحكيم نوع من القضاء ؟ . المقالة المشار إليها - ص ١٣٦

(٢) فى استعراض العديد من الحجج ، والأسانيد الأخرى للنظرية المستقلة لنظـــام التحكيـــم ، أنظـــر : وجدى راغب فهمى - هل التحكيم نوع من القضاء ؟ . المقالة المشار إليها - ص ١٣٨ ومابعدها .

المبحث الثالث

مايترتب علـــى الأخذ بالنظـــرية المستقلة لنظام التحكيم من نتائج [١] .

يرى أنصار النظرية المستقلة لنظام التحكيم أنه إذا كان من الثابت أن نظـــام التحكيم كان سابقا فى نشأته على نظام القضاء العام فى الدولة ، فـــإن نظـــام التحكيم بذلك سوف لايجد مرجعيته فى فكرة القضاء العام فى الدولة ، وأنـــه سوف لايخضع لقواعد القضاء العام فى الدولة ، لأنها لم تكن موجودة عنـــد نشأته [٢] .

فالمنطق التاريخى يحتم فى إعتبار قواعد قـــانون المرافعـــات المدنيـــة والتجارية قواعد خاصة بشأن قواعد المحاكم المدنية للدولة ، لاتحكـــم نظـــام التحكيم – **سواء قلنا باختلاف طبيعتهما ، أو بوحدتـــهما** – وهـــى القواعـــد المنظمة للقضاء المدنى – **عضويا** ، وإجرائيا .

والتى تحدد قواعد النظام القضائى المدنى :

والتـــى تحـــدد المحـــاكم المختلفة ، وتشكيل كل منها .

---

(١) فى بيان النتائج المترتبة على الأخذ بالنظرية المستقلة لنظام التحكيم ، أنظـــر : **المؤلـــف** – إتفـــاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٥١ ص ١٦٥ ومابعدها .

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمى – هل التحكيم نوع من القضاء ؟ . المقالة المشار إليها – ص ١٥٣

كما تحدد قواعد الإختصاص القضائى :

الدعاوى القضائية التى تدخل فى

نطاق سلطة كل محكمة .

وتبين قواعد التقاضى :

الإجراءات الواجبة الإتباع أمام المحكمة المختصة

بتحقيق الدعوى القضائية ، والفصل فى موضوعها [1] .

فاختلاف نظام القضاء العام فى الدولة عن نظام التحكيم - وفقا لمنطلق نظرية استقلال نظام التحكيم - يعنى أننا إزاء نظامين متوازيين ، ليس أحدهما فرعا عن الآخر ، وهذا يجعل لكل منهما قواعده الخاصة ، مالم تتحقق شروط القياس ، أى أن الأمر يصبح عملية إختيار بعض قواعد المرافعات المدنية ، والتجارية المناسبة لنظام التحكيم ، وتطبيقها ، واستبعاد البعض الآخر ، وهذا مايحققه منطق القياس ، حيث تطبق القواعد متى توافرت علتها ، أو حكمتها .

ويرى أنصار النظرية المستقلة لنظام التحكيم أن تطبيق القواعد المنظمة للمحاكم المدنية - سواء فى ذلك قواعد النظام القضائى ، أو قواعد الإختصاص القضائى ، أو قواعد التقاضى - بمقولة أنها القواعد العامة للقضاء ، لايتنافى مع المنطق العام فحسب ، وإنما يتنافى مع طبيعة نظام التحكيم بالذات ، نظرا لخصوصيته ، والتى تعنى ملاءمته من حيث تكوين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ونشاطها الإجرائى ، وما تتوصل إليه من حل موضوعى ، يتلاءم مع خصوصيات النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، مما يقتضى الإحتفاظ له بأكبر قدر من المرونة ، للإستجابة لهذه الخصوصية ، أما تكبيله بكثير من القواعد العامة المجردة ، فإنه يتنافى مع طبيعته ، ويخرج به عن وظيفته

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى - الإشارة المتقدمة .

القواعد العامة المجردة ، فإنه يتنافى مع طبيعته ، ويخرج به عن وظيفته الأصلية [(١)] .

فنظام التحكيم برغم نشأته التاريخية السابقة على القضاء العام فى الدولة فى المجتمعات البدائية ، فقد استمر بعد ذلك ، ولم يقم نظاما تفصيليا من القواعد القانونية يضاهى النظام القضائى ، لأنه بطبيعته ينفر من القواعد المجردة ، ويتلمس طريقه فى كل حالة على حدة – **وفقا لخصوصياتها** – وينبغى الإحتفاظ بهذه الخصوصية بعيدا عن التعميم ، والتجريد ، لتمكينه من أداء وظيفته [(٢)] .

فالمميز الجوهرى بين نظام التحكيم ، ونظام القضاء العام فى الدولة – **وفقا لمنطق نظرية الطبيعة المستقلة لنظام التحكيم** – هو خصوصية الأول وخضوع الثانى لقواعد عامة مجردة ، وهى قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية ، والمنظمة للقضاء المدنى – **عضويا ، وإجرائيا** – وعدم التجريد هو جوهر نظام التحكيم ، وإخضاعه لقواعد القضاء العام فى الدولة المجردة فيه انتهاك لخصوصيته ، مما يؤدى إلى مسخه ، والخروج به عن وظيفته الأصلية [(٣)] .

لذلك ، فإن نظام التحكيم لايخضع لنظام العمل القضائى وحده ، وإن كان يستعير منه بعض قواعد خاصة – **فيما يتعلق بوجوب احترام الضمانات الأساسية للتقاضى** .

---

(١) أنظر : وجدى راغب فهمى – الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمى – الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر : وجدى راغب فهمى – هل التحكيم نوع من القضاء ؟ . المقالة المشار إليها – ص ١٥٥ .

كما لايخضع للنظام القانوني للعقد وحده ، وإن كان يستعير منه بعض قواعد خاصة - فيما يتعلق بتحديد عناصر الإتفاق علـى التحكيـم ، وصحتـه - شرطا كان ، أم مشارطة - - ولكنه يخضع لقواعد مستقلة خاصة به ، تعبر عن ذاتيته - كوجوب إصدار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لحكم التحكيم خلال مدة معينة ، وإلا انقضى الإتفاق على التحكيم ، ولايكون قابلا للتنفيذ ، إلا بأمر يصدر مـن القضاء العام فى الدولة ، ويجوز رفع دعوى قضائية أصلية مبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إلـى غير ذلك من القواعد ، والأحكام الخاصة التى يخضع لها نظام التحكيم ، والتـى لا تعبر عن ذاتيته " سواء وردت فى نصوص قوانين المرافعات المدنية والتجارية المنظمة لنظام التحكيم ، أم وردت فى نصوص قانونية خاصة - كقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فـى المواد المدنية ، والتجارية " [١] .

كما يترتب على الأخذ بمنطق النظرية المستقلة لنظام التحكيم - من وجهة نظر أنصارها - إلى وجود ثلاثة وسائل قانونية مختلفة للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، تستهدف كل منها غاية إجتماعية مختلفة [٢] ، وهذه الوسائل هى :

الوسيلة الأولى :

نظام القضاء العام فى الدولة :

القضاء العام فى الدولة هو :

---

[١] أنظر : وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - المقالة المشار إليها - ص ٢٦ .

[٢] أنظر : وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - المقالة المشار إليها - ص ٢٦ وما بعدها .

سلطة عامة من سلطات الدولة الثـلاث

منظمة على نحو معين ، وتعمل بطريقة معينة ، ينظمها قانون المرافعـات المدنية ، والتجارية ، بغرض تحقيق وظيفة عامة ضرورية للمجتمع ، هـى حماية القانون الوضعى ، وصولا إلى الإستقرار ، والعـدل الـذى يحققـه القانون الوضعى للمجتمع .

ولتحقيق هذه الوظيفة ، يخول القانون الوضعى للأفراد ، والجماعات حريـة الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، للمطالبة بحماية حقوقهم ، ومراكزهـم القانونية – **عند اللزوم** – ومنها ، حالة النزاع حول هذه الحقوق ، والمراكـز القانونية .

ويباشر القضاء العام فى الدولة سلطة الدولة المزودة بالقوة العامة فـى حماية هذه الحقوق ، والمراكز القانونية ، أداء لوظيفته فى حمايـة القـانون الوضعى ، وهو مايؤدى إلى الفصل فى النزاع حـول الحـق ، أو المركـز القانونى بالقوة العامة للدولة .

الوسيلة الثانية :

نظام الصلح :

فمنازعات الأفراد ، والجماعات لاتحل دائما بقوة السلطة العامة للدولـة وإنما قد تحل سلميا ، عن طريق الصلح ، **وهو :**

حلا رضائيا للنزاع ، يقـوم به الأفراد بأنفسهم ، عن طريق تنازلات متبادلة عن حقوقهم .

ومن خلال الصلح لايفض النزاع بالقوة ، وإنما يحل بالتراضى ، مما يجعلـه أنجح فى تحقيق التجانس بين الأفـراد ، والجماعـات ، واسـتقرار السـلام الإجتماعى [1] .

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى – مفهوم التحكيم ، وطبيعته – المقالة المشار إليها – ص ٢٧ .

والوسيلة الثالثة :

نظام التحكيم :

نظام التحكيم هو :

نظاما أفرزته الحياة الإجتماعيــــة منـــذ القــــدم – كأسلوب ثالث للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، لايقوم علــى السلطة العامة – كالقضاء العام فى الدولة – كمـــا لايتــم ذاتيــا برضــاء الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " – كالصلح – وإنمــا بنزول أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على رأى نظير لـــهما ، يثقان فى رأيه .

والنظم الثلاثة المتقدمة : الصلح ، التحكيم ، والقضاء ، ستظل قائمة بدورهـا فى حل المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، لأن كل منهما يشـــبع حاجــة إجتماعية قائمة ، ومختلفة عن الأخرى .

ويترتب على ذلك – **وفقا لمنطق النظرية المستقلة لنظام التحكيـــم** [1] – أنه لامجال للمفاضلة بين نظام التحكيم ، ونظام القضاء العام فـــى الدولــة لأن المفاضلة يجب أن تكون بين أمرين متماثلين ، ولاتمـــاثل بيـــن الســلطة العامة للقضاء بكل ضماناتها ، وهى الحارس الأكيـــد للقـــانون الوضعـــى ، والملاذ الأخير لحقوق الأفراد ، والجماعات ، وبين الخدمة التحكيمية المرنـــة والتى يؤديها الغير لأطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لإنهائـــه تحقيقا للتعايش السلمى فيما بينهم .

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى – الإشارة المتقدمة .

المبحث الرابع

تقييم نظرية إستقلال نظام التحكيم [1] .

يرى جانب من فقه القانون الوضعى [2] - وبحق - أن النظرية المستقلة لنظام التحكيم لاتختلف عن منطق النظرية القضائية له ، بل تؤكدها ، وإن كانت قد حرصت على بيان أصالة نظام التحكيم ، وذاتيته ، حتى تبرر مايختلف فيه نظام التحكيم عن نظام القضاء العام فى الدولة [3] ، وما تختلف فيه أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع الإتفاقات على التحكيم عن الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام فى الدولة ، فى الدعاوى القضائية المعروضة عليها ، للفصل فيها ، من بعض الوجوه - سواء من حيث حجيتها ، أو قوتها التنفيذية ، أى من حيث الآثار القانونية المترتبة على كل منها بصفة عامة .

ولاشك أن النظرية المستقلة لنظام التحكيم بهذا الشكل تتداخل فى النظرية المختلطة لنظام التحكيم .

---

(١) فى تقييم النظرية المستقلة لنظام التحكيم ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٥٢ ص ١٦٨ ، ١٦٩ ، على بركات ، - خصومة التحكيم - بند ٣٤ ص ٣٨ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ١٠٢ ومابعدها .

(٢) أنظر : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية - بند ٣/٧٧ ص ٢٢١ .

(٣) فى بيان أوجه الإختلاف بين نظام التحكيم ، ونظام القضاء العام فى الدولة ، أنظر : وجدى راغب فهمى - هل التحكيم نوع من القضاء - المقالة المشار إليها - ص ١٣٨ ومابعدها .

ومن أجل ذلك ، فإنه يوجه لنظرية إستقلالية نظام التحكيم مايمكن أن يوجه للنظرية المختلطة لنظام التحكيم من انتقادات .

ومن ناحية أخرى ، فإنه قد عيب على النظرية المستقلة لنظام التحكيم أنه لايمكن التسليم بأن نظام التحكيم يرمى إلى تحقيق وظيفة إجتماعية واقتصادية ، لأنه لاينطبق على نظام التحكيم ، والذى تلتزم هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فيه بتطبيق قواعد القانون الوضعى الموضوعى – **أى إزالة التجهيل الذى يعتريها** – وهو نفس الدور الذى يؤديه القاضى العام فى الدولة .

وقد لايرضى أحد الخصوم ، أو كلاهما عن حكم التحكيم الذى تصدره هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [١] .

كما أنه لايمكن التسليم بأن نظام التحكيم يقدم عدالة خاصة ، تختلف عن عدالة القضاء العام فى الدولة ، لأنه لايمكن الوصول إلى طبيعة نظام التحكيم من خلال الأثر الذى يرتبه ، وإنما من خلال رده إلى الأصل الذى ينتمى إليه فإن كان هذا الأصل هو سلطان الإرادة الذاتية للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، كان نظام التحكيم ذات طبيعة عقدية .

وإن كان الأصل الذى ينتمى إليه نظام التحكيم هو سلطة القضاء ، كان عملا قضائيا .

أما إذا كان غير ذلك ، فإنه يكون ذات طبيعة مستقلة ، يجب تأصيلها [٢] .

كما أنه لايمكن التسليم باختلاف نظام التحكيم عن نظام القضاء العام فى الدولة ، كأساس للقول باستقلالية نظام التحكيم عن نظام القضاء العام فى الدولة ، لأنه لايمكن بناء نظرية للأعمال القانونية إستنادا إلى الأثر القانونى لهذه الأعمال ، أو الهيكل الذى تقوم عليه .

---

[١] أنظر : على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ١٠٤ .

[٢] أنظر : على سالم إبراهيم – الإشارة المتقدمة .

كما أن الأعمال القضائية تصدر بهياكل مختلفة ، على الرغم من وحدة الأصل الذى تنتمى إليه ، ووحدة الغاية التى تسعى إلى تحقيقها [١] .

كما أن نظرية استقلال نظام التحكيم – **وفى نظر جانب من فقه القانون الوضعى** [٢] – لاتقوم على التأصيل المنطقى السليم للأعمال القانونية . فالأعمال القضائية تعتبر أعمالا مستقلة . وكذلك ، التصرفات القانونية تعتبر أعمالا قانونية مستقلة .

فالإستقلال لاينبئ بطبيعة العمل ، وإنما طبيعة العمل هى التى تجعله مستقلا أو غير مستقل .

والعمل القضائى . وكذلك ، سائر الأعمال القانونية لاتتمتع بالإستقلال ، إلا إذا كان لها أصلا تنتمى إليه ، ووظيفة تؤديها فى الحياة القانونية .

فضلا عن أن نظرية استقلال نظام التحكيم قد ربطت ربطا خاطئا بين مرفق القضاء العام فى الدولة – **كأحد السلطات الثلاث فى الدولة** – وبين فكرة القضاء فى معناها المجرد ، والبسيط ، وهو الفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، وفقا للقانون الوضعى ، عن طريق شخصا محايدا ، لم توجه إليه القاعدة القانونية التى يطبقها ، لأن مهمة القضاء فى معناها السابق قد يتم ممارستها من خلال سلطة القضاء العام فى الدولة ، وقد يتم ممارستها عن طريق أشخاص عاديين ، بعيدا عن مرفق القضاء العام فى الدولة ، بدليل أن المشرع الوضعى قد أجاز لبعض الموظفين العاديين ممارسة الوظيفة القضائية فى بعض المنازعات – **كلجان الطعن الضريبى فى القانون الوضعى المصرى** [٣] .

---

[١] أنظر : علي سالم إبراهيم – الإشارة المتقدمة .

[٢] أنظر : علي سالم إبراهيم – ولاية القضاء علي التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ١٠٥ .

كما أن نظرية إستقلال نظام التحكيم قد ربطت ربطا خاطئا بين القضاء العام فى الدولة ، وبين تطبيق القانون الوضعى من جهة ، وبين التحكيم وتطبيق الأعراف ، أو العدالة من جهة أخرى ، وهذا ليس صحيحا على طول الخط ، لأن نصوص القانون الوضعى ليست سوى مصدرا واحدا من مصادر القانون الوضعى ، ويستطيع القاضى العام فى الدولة فى حالة عدم وجود نصا قانونيا وضعيا ، الإستناد إلى الأعراف ، أو إلى قواعد العدالة الطبيعية ، وهو نفس الدور الذى تلعبه هيئة التحكيم عند الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

بل إنها تستطيع فى حالة تفويضها بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أن تطبق قواعد القانون الوضعى تطبيقا حرفيا ، إذا رأت أن العدالة تكمن فى هذا التطبيق الحرفى [1] .

كما أن استناد أنصار النظرية المستقلة لنظام التحكيم إلى التنظيم القانونى الوضعى لنظام القضاء العام فى الدولة ، لتمييزه عن نظام التحكيم هو فى الحقيقة إستنادا إلى عوامل خارجية بعيدة عن جوهر العملية القضائية نفسها .

فكون القضاء العام فى الدولة منظما تنظيما عضويا ، وإجرائيا بصورة عامة مجردة ، وكون نظام التحكيم منظما تنظيما بمعرفة الأطراف المحتكمون

---

[٣] أنظر : **على بركات** – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣٣ ص ٣٨ . وفى بيان الطبيعة القانونية للجان الطعن الضريبى فى القانون الوضعى المصرى ، أنظر : **أسامة الشناوى** – مجلة المحاماة المصرية – ١٩٩١ – العددان السابع ، والثامن – سبتمبر / أكتوبر – سنة ١٩٩١ – السنة ١٩٧١ – ص ١٨ ومابعدها .

[١] أنظر : **على بركات** – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣٣ ص ٣٨ ، ٣٩ .

" **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، لايعنى اختلافهما فى الطبيعة ، ولكن يعنى أن هذا قضاء عاما ، وذاك قضاء خاصا [1] .

كما أن كل ماأستند إليه أنصار النظرية المستقلة لنظام التحكيم من حجج للقول باختلاف الوضع القانونى لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن الوضع القانونى للقاضى العام فى الدولة لايؤكد استقلال نظام التحكيم ، عن نظام القضاء العام فى الدولة ، وإنما يؤكد خصوصية نظام التحكيم [2] ، [3] .

---

(1) أنظر : **على بركات** – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣٣ ص ٣٩ .

(2) أنظر : **على بركات** – خصومة التحكيم – الإشارة المتقدمة .

(3) فى دراسة مظاهر خصوصية نظام التحكيم ، أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣٣ ص ٣٩ ومابعدها .

الفصل الخامس
طبيعـة نظام التحكيـم
من وجهة نظر الباحث

لاأملك من جانبى إلا تأييد النظرية القائلة بقضائية مهمة هيئة التحكيـم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، نظرا لمنطق أدلتها وقوتها .

إذ أن مهمة التحكيم هى بالفعل مهمة قضائية ، تفصل فيـها هيئـة التحكيـم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بحكم تحكيم ، يكـون منهيا لنزاع حقيقى بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيـم** " والذين يلزمهم هذا الحكم ، نظرا لما يرتبه من آثار قانونيـة مشـابهة لآثـار الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام فى الدولة .

وتعد أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع الإتفاقـات علـى التحكيم أعمالا قضائية بالمعنى الفنى ، وبصرف النظر عـن الإتفـاق علـى التحكيم - **شرطا كان** ، أم مشارطة .

فالتحكيم من حيث الإجراءات ، والحكم على الأقل يعتـبر قضـاء ، وحكـم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يعتبر عملا قضائيـا وإذا شئنا تخصيص نظام التحكيم – **باعتباره قضاء** – فهو قضـاء خاصـا ومايعرف بالقضاء ، فهو قضاء عاما .

ذلك أن المشرع الوضعى قـد أقـر نظـام التحكيـم ، إحترامـا لإرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

ومتى وضحت هذه الإرادة وفق الشكل الذى يتطلبه القانون الوضعى ، إلـتزم الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالفصل فـى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن طريق نظام التحكيم ، فيفـرض عليـهم ،

كما تفرض هيئة التحكيم عليهم ، وينتهى أثر إرادتهم عند هذا الحد . وعندئـذ يفرض القانون الوضعى أحكامه – **سواء بالنسبة للخصومـة أمـام هيئـة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـاق علـى التحكيـم** ، أم **بالنسبة لإجراءتها** ، أم **بالنسبة لحكم التحكيم الصادر فيها** .

وتلتزم هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بمراعاة القانون الوضعى فى كل هذا . وإن أخلت به ، كانت مسـئولة أمـام الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

فهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تقـوم **بخدمة عامة** ، **لأنها تتولى سلطة القضاء بخصوص الـنزاع القـائم أمامـها** وحكمها **يفرض** على الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيـم** " كما **يفرض** على السلطات الأخرى فى الدولة – **شأنه فى ذلك شأن الأحكـام القضائية التى تصدر من القضاء العام فى الدولة** .

وحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم يكتـب كما تكتب الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام فى الدولة ، وتسـتأنف كما تستأنف تلك الأحكام – **بطبيعة الحال فى الأنظمة القانونية الوضعية التى تجيز الطعن فى حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضـوع الإتفـاق علـى التحكيم بهذا الطريق من طرق الطعن فى أحكام القضاء العام فى الدولـة** – مع مراعاة أن المادة (٥١٠) من نصوص قـانون المرافعـات المصـرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨– **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصـرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـة** كانت لاتجيز الطعن فى أحكام التحكيم الصادرة فـى المنازعـات موضـوع الإتفاقات على التحكيم بطريق الإستئناف .

كما نصت المادة (١/٥٢) من قانون التحكيم المصرى رقـم (٢٧) لسـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على عدم قابلية أحكـام

التحكيم التى تصدر طبقا لأحكام هذا القانون للطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية .

وينفذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم كما تنفذ الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام فى الدولة ، وكل مافى الأمــر ، أن المشرع الوضعى شاء أن يراقب عمل هيئة التحكيم المكلفة بــالفصل فــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لأن عمله هذا لايستمد قوتــه إلا مــن اتفاق الأطراف المحتكمين على التحكيم ، فأوجب قبل تنفيذ حكمـــه ، وقبــل وضع الصيغة التنفيذية عليه ، أن يخضع لرقابة ، وإشراف القضاء العام فــى الدولة ، لمجرد التحقق من أنه قد صدر بالفعل بناء على مشارطة تحكيـم ، أو شرط للتحكيم ، وأن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفــاق على التحكيم قد راعت الشكل الذى يتطلبه منها القانون الوضعى .

وإذا كان المشرع الوضعى قد أجاز فى حدود نظام التحكيم المنصـــوص عليه فى قوانين المرافعات المدنية ، والتجارية ، والقوانين الوضعية الخاصــة - **كقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فــى المواد المدنية ، والتجارية** - أن يتصدى أفراد عـــاديون ، - **لايشــترط أن يكونوا من القضاة المعينين من قبل الدولة** - للفصل فى منازعات معينة بين الأفراد ، والجماعات ، إلا أن ذلك لايعدوا أن يكون طريقــا إســتثنائيا بحتــا للفصل فى المنازعات ، سمح فيه لفرد عادى ، أو لهيئــة غــير قضائيــة أن يتولى سلطة القضاء ، بخصوص النزاع المعروض عليه ، للفصل فيــه ، إلا أنه مع ذلك يكون قضاء لايعد من باب القضـــاء العــام - **والــذى تتــولاه الدولة** [١] .

---

(١) أنظر : عزمى عبد الفتاح - قانون التحكيم الكويتى - ١٩٩٠ - ص ٢٩ . عكس ذلك :

MOREL (RENE) : op . cit . , N . 722 , P . 548 .

حيث يرى سيادته أن المحكم يكون قاضيا عاما يمارس سلطة الدولة القضائية ، وذلك لفترة مؤقتة .

فالجهة القائمة عليه ، والتى يستقل المتنازعون وحدهم بتحديد إختصاصها - **وفقا لمشارطة ، أو عقد التحكيم المبرم بينهم ، أو شرطا للتحكيم ، يكون واردا فى العقود المبرمة بينهم ، لمواجهة المنازعة ، أو المنازعات المستقبلية** - تختلف عن الجهة القضائية التى تتلقى نصيبها من ولاية القضاء العام فى الدولة ، عن طريق معايير ، إستأثر المشرع الوضعى وحده بتحديدها ، وفقا لقواعد قانونية مفروضة على القاضى العام فى الدولة والمتقاضين على السواء ، ومحددة لاختصاص كل جهة من جهات القضاء العام فى الدولة ، حسب نوع معين من المنازعات ، أو حسب طائفة معينة من المتقاضين .

فهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتستمد ولايتها من القانون الوضعى مباشرة ، وإنما هى تتلقاها من إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " مباشرة ، دون أن يتدخل المشرع الوضعى فى خلق هذه الولاية ، إلا بطريقة غير مباشرة لاتتعدى إقراره لإرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى هذا الشأن .

وقضاءه إذا يكون قضاء خاصا ، ينشأ من إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " وحدهم . ودون هذه الإرادة ، لايتصور أن يخلق نظام التحكيم .

ثم إن هذه الإرادة كما يعبر عنها فى عقد التحكيم ، أو مشارطته ، إذا كانت تمنح هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قدرا من سلطة القضاء ، فى حدود النزاع الذى يشكل الفصل فيه محل عقد التحكيم ، أو مشارطته ، إلا أنه - **وفى نفس الوقت** - لايشرع نظام التحكيم فى حد ذاته - **كطريق للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات** - فليس هناك قضاء بالتحكيم خارج نطاق العقد ، على عكس الحال فى القضاء العام فى الدولة ، حيث يوجد مثل هذا القضاء موضوعيا ، فى وجود مستقل

عن إرادة الأفراد ، والجماعات ، لايملك هؤلاء أمامه إلا التداعى إليه - إما وجوبا ، أو اتفاقا - دون أن يكون هذا التداعى إلا أثرا من آثار وجود هذا القضاء ، لاركنه ، ولاسبيله .

ونظام التحكيم فى ارتباطه العضوى بعقد التحكيم ، أو مشارطته ، هو الذى يباعد بينه وبين القضاء العام فى الدولة ، ويجعله صورة من صور القضاء الخاص الذى يتولاه الأفراد ، أو هيئات غير قضائية ، تحت رقابة السلطة القضائية ، وإشرافها ، بل إن وجوده على هذه الصورة - أى بوصفه **قضاء خاصا** - يعد سابقا على وجود السلطة القضائية نفسها ، بحيث **لايتصور بعد ذلك أن ينظر إلى هذا القضاء الخاص على أنه جهة قضائية من بين الجهات التى تتوزع عليها ولاية القضاء العام فى الدولة .**

كما أنه أيضا يفسر لماذا كانت أحكام التحكيم وفقا لنظام التحكيم الإتفاقى **لاتنفذ جبرا إلا بأمر يصدر من السلطة القضائية ، ولازالت كذلك فى الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - ومن بينها قانون التحكيم** المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد والتجارية ، ونصوص مجموعة المرافعات الفرنسية المنظمة للتحكيم باعتبار **أن ذلك يعد مظهرا من مظاهر إشراف السلطة القضائية على هذا النوع من القضاء .**

فنحن إذا أمام أثرا من آثار القضاء الخاص فى التشريع الوضعى الحديث ، حينما كان يسمح للأفراد ، والجماعات بالإحتكام إلى ثالث ، يرجع إليه الخصمان ، للفصل فى النزاع القائم بينهما .

ولئن أبقى المشرع الوضعى على هذا الأثر - **قصدا فى النفقة ، والوقت ورغبة عن شطط الخصومة القضائية ، واللدد فيها** - فإنه كان لابد من التدخل لتنظيمه ، لاعتبارات أساسية تتعلق بذات مرفق القضاء العام فى الدولة ، وحسن سير العدالة ، وحتى لايؤدى نظام التحكيم إلى عرقلة الأمور وتعقيدها ، فيضر ، ولاينفع ، وبسبب كثرة القضايا ، دون أن يكون سببا

لتفاديها ، ودون أن يكون هذا التنظيم فى الواقع إلا تنظيما لإرادة الأطــراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " أنفسهم ، وللإلتزام بالقضاء الــذى تتحمل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم إحتراما لهذه الإرادة ، الأمر الذى لايخرج هذا التنظيم عن غرضــــه ، مــن كونه نظاما قانونيا لعقد ، أو مشارطة التحكيم ، أراد بعه المشرع الوضعـــى أن يخضع قضاء خاصا يولده نظام التحكيم لرقابة السلطة العامة ، بدلا مـــن أن يتركه لمحض إرادة الأفراد ، والجماعات ، دون أن يجاوز ذلك إلــى أن يخرج هذا القضاء عن طابعه الخاص ، أو أن يدفع بالهيئات القائمة عليه إلـى أن تصبح جزء من التنظيم الذى تتوزع به الولاية فى حدود قضاء الدولــة ، أى جهة قضاء جديدة ، تتخذ مكانها بين الجهات التى يتوزع عليــها مرفــق القضاء العام فى الدولة .

ونخلص من كل ماتقدم ، إلى أن أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعــات موضوع الإتفاقات على التحكيم تعد أعمالا قضائية بالمعنى الفنـــى الدقيــق ، وهى تعد كذلك شكلا ، وموضوعا .

من حيث الشكل :

حيث أنها تصدر فى شكل الأحكام القضائية الصادرة مـــن القضاء العام فى الدولة ، وبنفس إجراءات إصدار هذه الأحكام .

ومن حيث الموضوع :

حيث أنها تفصل فى نزاع حقيقـــى بيــن الأطــراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، تطبق فيه هيئة التحكيم المكلفــة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قواعد القـــانون الوضعـــى الموضوعى – **وفى الغالب الأعم من الحالات** .

كما أن هذه الأحكام تصدر بناء على سلطة القضاء ، التى أثبتها الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - باعتراف الأنظمة القانونية الوضعية -

وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - لهيئة التحكيم المكلفة بــــالفصل فـــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بسلطة القضاء بين الأفراد ، والجماعات ويكون من الطبيعى أن تستنفد هذه السلطة باستعمالها . ومن ثـــم ، لايكـــون لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع الإتفـــاق علـــى التحكيـــم الرجوع عن حكم التحكيم الذى أصدرته فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيم ، **بتعديله - حذفا ، أو إضافة** - أو بإلغائه ، ولو كان باطلا ، أو غـير عادل .

وإن كنت أتفق مع نظرية الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم فـــى إضفـــاء **الطابع التعاقدى للإتفاق على التحكيم المبرم بيـــن الأطـــراف المحتكميـــن - شرطا كان ، أم مشارطة** - إذ أنه تبقى لهذا الإتفاق طبيعته التعاقدية .

إذ يعتبر الإتفاق على التحكيم عقـــدا رضائيـــا **Contrat consensuel** وملزما للجانبين **Synallagmatique** ، ومن عقود المعاوضـــة **a titre onereux** ، والتى تخضع فى إبرامها ، وآثارها **للقواعد التى تحكم العقـــود** بصفة عامة - **أى القواعد العامة فى العقد** [1] .

أما الذى تكون له الطبيعة القضائية ، فهو العمل الذى يصـــدر عـــن هيئـــة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم ، خاصـــا بالمهمة التى اتفق على تحكيمها فيها ، وقبلتها هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [2] .

---

(١) أنظر : **أحمد أبو الوفا** - التحكيم بالقضاء ، وبـــالصلح - ط١ - ١٩٦٥ - منشـــأة المعـــارف بالأسكندرية - ص ٢٥ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـــة - الجزء الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٩٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٣/٧٧ ص ٢٢٠ .

(٢) أنظر : **أبو زيد رضوان** - الأسس العامة للتحكيم التجارى الدولى - بند ١٦ ص ٢٧ ، **أحمـــد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبـــارى - ط٣ - ١٩٧٨ - ص ١٨ ، ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٣ ص ١٨ .

فإذا كان نظام التحكيم يبدأ بعقد ، فهو ينتهى بحكم . وإذا كان يخضع لقواعد القانون المدنى من حيث انعقاده ، فإنه يخضع لقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية من حيث آثاره ، ونفاذه ، وإجراءاته . وإذا كان يبطل بما تبطل به العقود ، فإن حكمه يطعن فيه ، وينفذ كما تنفذ الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام فى الدولة [١] .

وبمعنى آخر ، نحن لانتفق مع النظرية التعاقدية لنظام التحكيم ، فيما تراه من إضفاء الطبيعة التعاقدية على مكونات عملية التحكيم ، أى شمول هذه الطبيعة لكل من الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - والعقد المبرم بين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذ أنه تبقى لهذين العقدين طبيعتهما التعاقدية .

إذ يعتبر الإتفاق على التحكيم من العقود الرضائية ، والتى تخضع فى إبرامها ، وأثرها للقواعد التى تحكم العقود بصفة عامة - **أى القواعد العامة فى العقد** - وكذلك الأمر بالنسبة للإتفاق المبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من ناحية ، وهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من ناحية أخرى .

أما الذى تكون له الطبيعة القضائية ، فهو العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، خاصا بالمهمة التى اتفق على تحكيمها بصددها ، وقبلتها هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [٢] .

---

(١) أنظر : **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٣ - ١٩٧٨ - ص ١٨ ، ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٣ ص ١٨ .

(٢) أنظر : **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - الجزء الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٩٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٣/٧٧ ص ٢٢٠ ، ٢٢١ .

قائمـــة بأهـــم المراجـــع

أولا : باللغة العربية

١ - المؤلفات العامة

إبراهيم نجيب سعد :

القانون القضائى الخاص - الجزء الأول - ١٩٧٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد أبو الوفا :

إجراءات التنفيذ فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة - الطبعـــة السادسة - ١٩٧٦ ، الطبعة الثامنة - ١٩٨٢ ، الطبعـــة التاســعة - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

نظرية الدفوع فى قانون المرافعـــات - الطبعـــة السادســـة - ١٩٨٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانية عشـرة - ١٩٨٥ ، الطبعة الرابعة عشرة - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد السيد صاوى :

الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجاريـــة - الطبعة الثانية - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أحمد خليل :

قانون المرافعات المدنية ، والتجاريـــة " **الخصومـــة ، والحكـــم ، والطعن** " - ١٩٩٦ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية .

أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد :

التنفيذ علما ، وعمـــلا - الطبعـــة الثانيـــة - ١٩٢٧ - مطبعة كلية الآداب بالقاهرة .

أحمد ماهر زغلول :

الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، وفقـــا لمجموعـــة المرافعات المدنية ، والتجارية ، والتشريعات المرتبطة بها - الجزء الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص - الطبعة الأولى - ١٩٩١ .

أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجاريـــة ، والتشريعات المرتبطة بها - الطبعة الثانيـــة - ١٩٩٤ ، الطبعـــة الثالثـــة - ١٩٩٧ - دار أبو المجد للطباعة ، والنشر بالقاهرة .

أحمد مسلم :

أصول المرافعات - ١٩٦١ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

أحمد محمد مليجى موسى :

التنفيذ وفقا لنصوص قانون المرافعات ، معلقا عليـــها بآراء الفقه ، وأحكام النقض - ١٩٩٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أمينة مصطفى النمر :

أحكام التنفيذ الجبرى ، وطرقه - الطبعة الثانيـة - ١٩٧١ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

قوانين المرافعـــات - الكتـــاب الأول - ١٩٨٢ - منشـــأة المعارف بالأسكندرية .

أنور العمروسى :

قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٧٥ - دار نشر الثقافـة بالأسكندرية .

أنور طلبة :

الإثبات في المواد المدنية ، والتجارية ، والأحوال الشخصية - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ - دار الفكر العربي بالقاهرة .

حسني المصري :

القانون التجاري - الكتاب الأول - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

رأفت محمد حماد :

المدخل لدراسة القانون - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

رمزي سيف :

قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية في قانون المرافعات الجديد - الطبعة الأولى - ١٩٥٧ - مكتبة النهضة المصرية بالقاهرة .

الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة التاسعة - ١٩٦٩ /١٩٧٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

سلامة فارس عزب :

دروس في قانون التجارة الدولية " ماهيته ، مصادره ، دوافع وجوده ، ومنظماته " - ٢٠٠٠ - بدون دار نشر .

سليمان مرقس :

أصول الإثبات في المواد المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانية - ١٩٥٢ - المطبعة العالمية بالقاهرة .

صوفي أبو طالب :

مبادئ تاريخ القانون - ١٩٦٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عبد الباسط جميعي :

مبادئ المرافعات - ١٩٧٤ - دار الفكر العربي بالقاهرة .

عبد الباسط جميعى ، محمود محمد هاشم :

المبادئ العامة فى التنفيذ طبقا لقـــانون المرافعات الجديد - الطبعة الأولى - ١٩٧٨ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

عبد الباسط جميعى ، عزمى عبد الفتاح :

الوجيز فى شرح قـــانون المرافعـــات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ .

عبد الحميد أبو هيف :

المرافعات المدنية ، والتجارية ، والنظام القضـــائى فـــى مصر - الطبعة الثانية - ١٩٢١ - مطبعة الإعتماد بالقاهرة .

طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجاريـــة - الطبعة الثانية - ١٩٢٣ - مطبعة الإعتماد بالقاهرة.

عبد الرزاق أحمد السنهورى :

الوسيط فى شـــرح القـــانون المدنـــى - الجـــزء الخامس - العقود التى تقع على الملكية - المجلد الثانى ، الجـــزء الســـادس - العقود الوارد على الإنتفاع بالشئ " **الإيجار والعارية** " - الطبعـــة الأولـــى - ١٩٦٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة ، الجزء السابع - العقود الواردة علـــى العمل - المجلد الأول - الطبعة الثانية - ١٩٨٩ .

عبد المنعم الشرقاوى :

شرح المرافعات - الطبعة الاولى- ١٩٥٠ - دار النشـــر للجامعات المصرية بالقاهرة .

عبد الودود يحيى :

النظرية العامة للإلتزامات - الطبعة الثانيـــة - ١٩٨٢ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عبد الوهاب العشماوى :

إجراءات الإثبات فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة - الطبعة الاولى - ١٩٨٥ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

على صادق أبو هيف :

القانون الدولى العام - الطبعة الثانية - ١٩٦٦ .

فتحى والى :

التنفيذ الجبرى - الطبعة الأولى - ١٩٦٦ ، الطبعة الثانية - ١٩٧٤ ، الطبعة الثالثة - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

قانون القضاء المدنى اللبنانى - دراسة مقارنة - الطبعة الأولـــى - ١٩٧٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

قانون القضاء المدنى الكويتى - دراسة لمجموعة المرافعات المدنيـة ، والتجارية ، وأهم التشريعات المكملة لـــها - الطبعـــة الأولـــى - ١٩٧٧ - مطبعة جامعة الكويت .

الوسيط فى قانون القضاء المدنـــى - - الطبعـــة الأولـــى -١٩٨٠، الطبعة الثانية - ١٩٨٦ ، الطبعة الثالثة - ١٩٩٣ - دار النهضـــة العربيـة بالقاهرة .

مبادئ قانون القضاء المدنى - الطبعة الأولى - ١٩٨٠ - دار النهضـة العربية بالقاهرة .

محسن شفيق :

الوجيز فى القانون التجارى - الجزء الأول - الطبعة الأولــــى - ١٩٦٨/١٩٦٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد العشماوى :

قواعد المرافعات فى القانون الأهلى ، والمختلـــط - الطبعـــة الأولى - ١٩٢٨ - مطبعة الإعتماد بالقاهرة .

محمد توفيق سعودى :

القانون التجارى - الجزء الأول - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد حامد فهمى :

المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٤٠ - مطبعة فتح الله إلياس نورى بالقاهرة .

تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية ، والحجوز التحفظية - الطبعة الثانية - ١٩٥٢ - مطبعة فتح الله إلياس نورى بالقاهرة .

محمد حسام محمود لطفى :

المدخل لدراسة القانون فى ضوء آراء الفقه ، وأحكام القضاء - طبعة سنة ١٩٩٠/١٩٩١ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

محمد عبد الخالق عمر :

النظام القضائى المدنى - الجزء الأول - المبادئ العامة - الطبعة الاولى - ١٩٧٦ ، الطبعة الثانية - ١٩٧٨ - دار النهضة لعربية بالقاهرة .

محمد ، وعبد الوهاب العشماوى :

قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن - الجزء الأول - ١٩٥٧ - مطبعة الآداب بالقاهرة .

محمد كامل مرسى :

شرح القانون المدنى الجديد - العقود المسماه - ١٩٤٩ - المطبعة العالمية بالقاهرة .

محمد كمال أبو الخير :

قانون المرافعات معلقا على نصوصه بآراء الفقه ، وأحكام المحاكم - الطبعة الرابعة - ١٩٨٥ - الناشر محمد خليل بالقاهرة .

محمد كمال عبد العزيز :

تقنين المرافعات فى ضوء القضاء ، والفقــه - الطبعــة الثانية - ١٩٧٨ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد محمود إبراهيم ، مصطفى كيرة :

أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنــهج القضائى - ١٩٨٣ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

محمود السقا :

تاريخ القانون المصرى - الطبعة الأولى - ١٩٧٠ - مكتبة القاهرة العربية .

فلسفة ، وتاريخ النظم القانونية ، والإجتماعيــة - ١٩٧٥ - بــدون دار نشر .

محمود حافظ غانم :

مبادئ القانون الدولى العام - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود سمير الشرقاوى :

القــانون التجــارى - الجــزء الأول - ١٩٧٨ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود محمد إبراهيم :

أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنــهج القضــائى - ١٩٩٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

محمود محمد هاشم :

القواعد العامة للتنفيــذ القضــائى - ١٩٨٠ - دار الفكــر العربى بالقاهرة .

قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - الطبعة الأولــى - ١٩٨١ ، الطبعة الثالثة - ١٩٩١ - دار التوفيق للطباعة ، والنشر بالقاهرة .

النظرية العامة للتنفيذ القضائى فى قانون المرافعات المدنيـة ، والتجارية - ١٩٨٣ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته فى قانون المرافعـات - الطبعة الثانية - ١٩٩١ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

نادية محمد معوض / عاطف راشد الفقى :

قانون التجارة البحريـة - ١٩٩٦ - مطابع الولاء الحديثة بشبين الكوم - المنوفية .

نبيل إسماعيل عمر :

المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٨١ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

قانون المرافعات المدنية والتجارية - ١٩٩٤ - دار الجامعـة الجديدة للنشر بالأسكندرية .

وجدى راغب فهمى :

النظرية العامة للتنفيذ القضائى - الطبعة الأولـى - ١٩٧٨ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

مبادئ القضاء المدنى - - الطبعة الأولـى - ١٩٨٧ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

التنفيذ القضائى وفقا لأحدث التعديلات التشريعية فى قـانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٩٥ - بدون دار نشر .

وجدى راغب فهمى ، أحمد ماهر زغلول :

دروس فـى المرافعـات ، وفقـا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، وتعديلاتها المسـتحدثة - الجـزء الثانى - قواعد مباشرة النشاط القضائى - مبادئ الخصومة المدنيـة - ١٩٩٦ - دار أبو المجد للطباعة ، والنشر بالقاهرة .

٢ - المؤلفات الخاصة

إبراهيم أحمد إبراهيم :

التحكيم الدولى الخاص - ١٩٨٦ - بدون دار نشر .

إبراهيم شحاته :

معاملة الإستثمارات الأجنبية فى مصر - ١٩٧٢ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أبو اليزيد على المتيت :

الأصول العلمية ، والعملية لإجراءات التقاضى - المكتب الجامعى الحديث - الطبعة الثانية - ١٩٨٦ .

أبو زيد رضوان :

الأسس العامة للتحكيم التجارى الدولى - ١٩٨١ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

أبو زيد رضوان ، حسام عيسى :

شركات المساهمة ، والقطاع العام - ١٩٨٨ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أحمد أبو الوفا :

التحكيم بالقضاء ، وبالصلح - الطبعة الأولى - ١٩٦٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

عقد التحكيم ، وإجراءاته - - الطبعة الأولى - ١٩٧٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٣ - ١٩٧٨ ، ط٤ - ١٩٨٣ ، ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

التعليق على نصوص قانون الإثبات - الطبعة الثانية - ١٩٨٠ ، الطبعة الثالثة - ١٩٨٧ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

نظرية الأحكام فى قانون المرافعات - الطبعة الرابعة - ١٩٨٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

نظرية الدفوع فى قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٨٠ ، الطبعة الثانية - ١٩٨٨ - الطبعة التاسعة - ١٩٩١ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

التحكيم فى القوانين العربية - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد حسنى :

عقود إيجار السفن - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

قضاء النقض البحرى - الطبعة الثانية - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد قسمت الجداوى :

التحكيم فى مواجهة الإختصاص القضائى الدولى - تنازع الإختصاص ، وتنازع القوانين - ١٩٨٢ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أحمد ماهر زغلول :

أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها - ١٩٩٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها ، أو النظام الخاص للمراجعة " تصحيح الأحكام ، تفسيرها ، إكمالها " - دراسات فى نظم مراجعة الأحكام - الطبعة الأولى - ١٩٩٣ .

أحمد نصر الجندى :

الولاية على المال - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - القاهرة الحديثة للطباعة .

أكثم أمين الخولى :

العقود المدنية - الطبعة الأولى - ١٩٥٧ - مطبعة نهضة مصر بالقاهرة .

العقود المدنية " **الصلح ، الهبة ، والوكالة** " - الطبعة الثالثة - ١٩٨٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أمينة مصطفى النمر :

مناط الإختصاص ، والحكم فى الدعاوى المستعجلة - الطبعة الأولى - ١٩٧٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

ثروت حبيب :

دروس فى قانون التجارة الدولية - ١٩٧٥ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

خميس خضر :

العقود المدنية الكبيرة - - الطبعة الأولى - ١٩٧٦ ، الطبعة الثانية - ١٩٨٤ ، الطبعة الثالثة - ١٩٨٦ - دار النهضة الغربية بالقاهرة .

سامية راشد :

التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الكتاب الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٨٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

التحكيم فى إطار المركز الإقليمى بالقاهرة ، ومدى خضوعه للقانون المصرى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

دور التحكيم فى تدويل العقود - ١٩٩٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عادل محمد خير :

مقدمة فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - الطبعة الأولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عبد الحكيم فودة :

البطلان فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانية - ١٩٩٣ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية .

عبد الحميد الشواربى :

البطلان المدنى " **الإجرائى ، والموضوعى** " - ١٩٩٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية .

عبد الحميد المنشاوى :

التحكيم الدولى ، والداخلى فى المواد المدنية ، والتجارية ، والإدارية ، طبقا للقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - ١٩٩٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

عبد الفتاح عبد الباقى :

نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز :

التعليق على نصوص قانون الإثبات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٤ - طبعة نادى القضاة بالقاهرة .

التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الثانية - ١٩٨٥ - طبعة نادى القضاة بالقاهرة .

عزمي عبد الفتاح :

قانون التحكيم الكويتي - الطبعة الأولى - ١٩٩٠ - مطبوعات جامعة الكويت .

أساس الإدعاء أمام القضاء المدني - ١٩٩١ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

علي علي منصور :

الشريعة الإسلامية ، والقانون الدولي العام - الطبعة الأولى - ١٩٦٢ .

محسن شفيق :

التحكيم التجاري الدولي - دراسة في قانون التجارة الدولية - دروس ألقيت على طلبة دبلوم القانون الخاص - بكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٧٣ .

محمد السعيد رشدي :

أعمال التصرف ، وأعمال الإدارة في القانون الخاص - الطبعة الأولى - ١٩٨٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد سعد الدين الشريف :

الولاية على مال القاصر - الطبعة الأولى - ١٩٤١ - مكتبة الآداب بالقاهرة .

محمد عبد اللطيف :

القضاء المستعجل - الطبعة الرابعة - ١٩٧٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد علي راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب :

قضاء الأمور المستعجلة - الجزء الأول - الطبعة السادسة - ١٩٨٥ - عالم الكتب بالقاهرة .

محمد على عرفة :

أهم العقود المدنية - الكتاب الأول - العقود الصغيرة - ١٩٤٥ - مكتبة عبد الله وهبة بالقاهرة .

محمد كمال حمدى :

القاضى فى الولاية على المال - الطبعة الأولى - ١٩٦٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

الولاية على المال - الطبعة الثانية - ١٩٨٧ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

محمد نور عبد الهادى شحاته :

الرقابة على أعمال المحكمين - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود جمال الدين زكى :

العقود المسماه - الطبعة الأولى - ١٩٦٠ - مطابع دار الكتاب العربى بمصر .

محمود سمير الشرقاوى :

الشركات التجارية فى القانون المصرى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود محمد هاشم :

إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء فى الفقه الإسلامى ، والأنظمة الوضعية - دراسة مقارنة - ١٩٨٦ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - الجزء الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٩٠ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

محيى الدين إسماعيل علم الدين :

منصة التحكيم التجارى الدولى - الجـزء الأول

- ١٩٨٦ - شركة مطابع العنانى بالقاهرة .

مختار أحمد بريرى :

التحكيم التجارى الدولى - دراسة خاصة للقانون المصرى

الجديد بشأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ١٩٩٥ - دار النهضـــة

العربية بالقاهرة .

مصطفى مجدى هرجة :

الجديد فى القضاء المستعجل - الطبعة الثانيـة - ١٩٧٦

- دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

أحكام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتـــى

- الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

نبيل إسماعيل عمر :

الدفع بعدم القبول ، ونظامه القانونى فى قانون المرافعــــات

المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٨١ - منشأة المعارف بالأسـكندرية

.

هشام الطويل :

الدفع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات - ١٩٨٦ - منشـاة

المعارف بالأسكندرية .

هشام على صادق :

مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكميـــن فـــى

العلاقات الخاصة الدوليـــة - ١٩٨٧ - الــدار الفنيـــة للطباعـــة ، والنشـــر

بالأسكندرية .

القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليـة - ١٩٩٥

- منشأة المعارف بالأسكندرية .

وجدى راغب فهمى :

مبادئ الخصومة المدنية - بدون سنة نشر - دار الفكر العربى بالقاهرة .

يس محمد يحيى :

عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية ، والقانون الوضعى - دراسة مقارنة - ١٩٧٨ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

٣ ـ الرسائل العلمية

إبراهيم العنانى :

اللجوء إلى التحكيم الدولى – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – ١٩٦٥ – ومطبوعة سنة ١٩٧٣ – دار الفكر العربى بالقاهرة .

أحمد حشيش :

الدفع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة الأسكندرية – سنة ١٩٨٦ .

أحمد محمد مليجى موسى :

تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – سنة ١٩٧٩.

أحمد نشأت :

الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٨٨ .

أسامة الشناوى :

المحاكم الخاصة فى مصر – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة القاهرة .

إسماعيل أحمد محمد الأسطل :

التحكيم فى الشريعة الإسلامية – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٨٨ .

أشرف عبد العليم الرفاعى :

التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٩٦ ، ومطبوعة سنة ١٩٩٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

السيد عبد العال تمام :

النظرية العامة لارتباط الدعاوى المدنية - ١٩٩١ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

القطب محمد طبلية :

العمل القضائى فى القانون المقارن ، والجهات الإدارية ذات الإختصاص القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٦٥ ، ومطبوعة سنة ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أميرة صدقى :

النظام القانونى للمشروع العام ، ودرجة أصالته - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٦٩ ، ومطبوعة سنة ١٩٧١ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

بدرخان عبد الحكيم إبراهيم :

المعيار المميز للعمل القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقو ق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٤ .

بشندى عبد العظيم أحمد :

حماية الغير فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٩١ .

شمس مرغنى على :

التحكيم فى منازعات المشروع العام - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٦٨ ، ومطبوعة سنة ١٩٧٣ - عالم الكتب بالقاهرة .

عاطف محمد راشد الفقى :

التحكيم فى المنازعات البحرية - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٦ .

عبد القادر الطورة :

قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٨ .

على الشحات الحديدى :

دور الخبير الفنى فى الخصومة المدنية - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٩١ .

على رمضان بركات :

خصومة التحكيم فى القانون المصرى ، والمقارن - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٩٦ .

على سالم إبراهيم :

ولاية القضاء على التحكيم - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٩٦ ، ومطبوعة سنة ١٩٩٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عيد محمد عبد الله القصاص :

إلتزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة الزقازيق - سنة ١٩٩٢ .

فتحى والى :

نظرية البطلان فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٥٨ ومطبوعة سنة ١٩٥٩ - الطبعة الأولى - منشأة المعارف بالأسكندرية .

محمد شوقى شاهين :

الشركات المشتركة - طبيعتها ، وأحكامها فى القانون المصرى ، والمقارن - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٧ .

محمود السيد عمر التحيوى :

إتفاق التحكيم ، وقواعده فى قانون المرافعات ، وقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٥

وجدى راغب فهمى :

النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات - ١٩٧٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

٤ - الأبحاث ، والمقالات

إبراهيم أحمد إبراهيم :

تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - مقالة منشورة بالمجلة المصرية للقانون الدولى - المجلد رقم (٣٧) -١٩٨١ - ص ص ٣٥ - ٦٣ .

أبو اليزيد على المتيت :

التحكيم البحرى - مقالة منشورة فى مجلة هيئة قضايا الدولة - س (١٩) - العدد الأول - يناير / مارس سنة ١٩٧٥ - ص ص ٢٨ - ٨٦ .

أحمد أبو الوفا :

التحكيم الإختيارى - - مقالة منشورة بمجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - س (٦) - ١٩٥٢ / ١٩٥٣ - ص ٤ ومابعدها .

تكييف وظيفة المحكم - مقالة منشورة فى مجلة المحاماه المصرية - س (٣٧) - ع (٧) - ١٩٥٢ /١٩٥٣ - ص ص ٨٤٤ - ٩٠٧ .

عقد التحكيم ، وإجراءاته - مقالة منشورة بمجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - س (١٥) - ١٩٧٠ - ص ٣ ومابعدها .

أحمد رفعت خفاجى :

خواطر حول نظام التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القاهرة حول الإلتجاء إلى التحكيم بالمنطقة ، بدلا

من الإلتجاء إلى التحكيم فى دول الغرب ، والمنعقدة فى الفترة من(١٩) - (٢١) أكتوبر - سنة ١٩٩١ .

أحمد شرف الدين :

مراكز التحكيم العالمية - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القاهرة / الأسكندرية - حول التحكيم التجارى الدولى - أكتوبر سنة ١٩٩٠ - ص ٢٩ ومابعدها .

أشرف الشوربجى :

المركز الدولى للتحكيم التجارى بالأسكندرية - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الأسكندرية ، والمنعقد فى الفترة من(١٩-٢١) أكتوبر سنة ١٩٩١ - حول أهمية الإلتجاء إلى التحكيم بالمنطقة - ص ١٢٠ ومابعدها .

أكثم أمين الخولى :

خلفيات التحكيم - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر تحكيم الشرق الأوسط ، والذى انعقد بالقاهرة فى يناير سنة ١٩٨٩ .

حسن البغدادى :

القانون الواجب التطبيق فى شأن صحة شرط التحكيم ، وقرارات هيئات التحكيم ، وتنفيذها - مقالة منشورة بمجلة هيئة قضايا الدولة - س (٣٠) - ع (٢) - ص ص ٣ - ٤٣ .

حسنى المصرى :

شرط التحكيم التجارى - ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم بالقاهرة - سنة ١٩٨٩ .

رضا محمد إبراهيم عبيد :

شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى - مقالة منشورة بمجلة الدراسات القانونية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة أسيوط - العدد السادس - يونية سنة ١٩٨٤ - ص ١٩٥ ومابعدها .

سمير عبد السيد تناغوا :

إصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الإمتيـــازات الأجنبية ، وتعدد جهات القضاء – مقالة منشورة بمجلة الحقـــوق – تصدرهـــا كلية الحقوق – جامعة الأسكندرية – س (١٤) – ١٩٦٩ – العددان الثـــالث ، والرابع – ص ١٧٤ ومابعدها .

عادل فخرى :

التحكيم بين العقد ، والإختصاص القضائى – مقالة منشـــورة فـــى مجلة المحاماه المصرية – س (٥١) – سنة ١٩٧١ – ص ص ٥٠ – ٥٧ .

عبد الحسين القطيفى :

دور التحكيم فى فض المنازعات الدولية – مقالة منشـــورة فى مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية – تصدرها كلية الحقـــوق – جامعـــة عين شمس – – ع (١) – سنة ١٩٦٩ – ص ٣٢ ومابعدها .

عبد الحميد الأحدب :

التحكيم بالصلح فى الشرع الإسلامى ، والقوانين الأوربيـــة – ورقة عمل مقدمة فى مؤتمر تحكيم الشرق الأوسط – القاهرة – يناير ســـنة ١٩٨٩ .

عز الدين عبد الله :

تنازع القوانين فى مسائل التحكيم فى مواد القانون الخـــاص – مقالة منشورة فى مجلة العدالة – يوليو سنة ١٩٧٩ – العدد التاســـع عشـــر – تصدر عن وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة – أبو ظبى .

على بدوى :

أبحاث فى تاريخ الشرائع – مقالة منشورة فى مجلـــة القـــانون ، والإقتصاد – تصدرها كلية الحقوق – جامعة القـــاهرة – س (١) – ع (١) – يناير سنة ١٩٣١ .

عمرو مصطفى درباله :

مراكز التحكيم العالمية - ورقة عمل مقدمة لندوة المركز الدولى للتحكيم التجارى بالأسكندرية - ص ص ٩٨ - ١١٩ .

فتحى والى :

إختيار المحكمين فى القانون المصرى - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم بالقاهرة - حول المشكلات الأساسية للتحكيم الدولى من منظور التطوير - يناير سنة ١٩٧٨ .

فخرى أبو يوسف مبروك :

مظاهر القضاء الشعبى لدى الحضارات القديمة - مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونيةىة ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س (٦) - ع (١) - يناير سنة ١٩٧٤ - ص ١٠٣ ومابعدها .

محمد طلعت الغنيمى :

شرط التحكيم فى اتفاقات البترول - مقالة منشورة فى مجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - س (١٠) - ١٩٦٠ / ١٩٦١ - العددان الأول ، والثانى - ص ٦٧ ومابعدها .

محمد لبيب شنب :

الأعمال التجارية المختلطة ، ونطاقها ، ونظامها القانونى - مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونية والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س(٦) - يوليو سنة ١٩٦٤ ، ع(٢) - ص ٢٤٦ ومابعدها .

محمود سلام زناتى :

التحكيم عند العرب - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم - العريش - سنة ١٩٨٩ .

محمود محمد هاشم :

إستنفاد ولاية المحكمين - مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س (٢٦) - ع (١) ، (٢) - ١٩٨٣ /١٩٨٤ - ص ص ٥٣ - ١٠٦ .

هشام على صادق :

خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين فى العلاقات الخاصة الدولية - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم فى القانون الداخلى ، والقانون الدولى - العريش الفترة من (٢٠) - (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٨٧ - المطبعة العربية الحديثة - ١٩٨٨ - ص ٥ ومابعدها .

وجدى راغب فهمى :

نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى فى قانون المرافعات - مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س (١٥) - ١٩٧٣ - ع (١) - ص ٢٤٥ ومابعدها .

دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء المدنى - مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س (١٨) - ١٩٧٦ - ع (١) - ص ٧١ ومابعدها .

طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم - مقالة منشورة بمجلة مؤتمر التحكيم العربى - ١٩٨٧ .

مفهوم التحكيم ، وطبيعته - مقالة منشورة فى الدورة التدريبية للتحكيم - كلية الحقوق - جامعة الكويت - ١٩٩٢ /١٩٩٣ - ص ٤ ومابعدها .

هل التحكيم نوع من القضاء ؟ . دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم - مقالة منشورة بمجلة كلية الحقوق - جامعة الكويت - س

(١٧) - العددان الأول ، والثانى - مارس / يونيو - سنة ١٩٩٣ - ص ص ٣١ - ١٧٣ .

خصومة التحكيم - مقالة منشورة فى مؤتمر التحكيم فى القانون الداخلى ، والقانون الدولى - العريش فى الفترة من (٢٠) إلى (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٩٣ .

نظام التحكيم فى قانون المرافعات الكويتى - مقالة منشورة ضمن برنامج الدورات التدريبية بكلية الحقوق - جامعة الكويت - ١٩٩٣ - ص ٢ ومابعدها .

٥ - الدوريات ، ومجموعات الأحكام

التشريع ، والقضاء .

المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم الأهلية .

مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية " **مجموعة النقض** " .

مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض ، والإبـرام " **محمـود أحمد عمر** " " **مجموعة عمر** " .

مجموعة المبادئ التى قررتها محكمة النقض المصرية فى خمسين عام ، فـى الفترة من سنة ١٩٣١ ، حتى ١٩٨١ ، وملحق من سنة ١٩٨٢، حتى سـنة ١٩٨٥ - أنور طلبة - دار الثقافة بالأسكندرية .

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقـض المصريـة فـى الخمسـة ، والعشرين عاما " **الجمعية العمومية - الدائرة المدنية** " .

مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمـس سـنوات - يناير سنة ١٩٧٠ - يناير سنة ١٩٧٥ - السيد محمد خلف - الهيئة المصريـة العامة للكتاب - الطبعة الأولى - ١٩٨٢/١٩٨٣ .

مجموعة حسن الفكهانى لدى محكمة النقض - الموسوعة الذهبيـة للقواعـد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصريـة - إصـدار الـدار العربيـة للموسوعات " **حسن الفكهانى** " - القاهرة - ديسمبر سنة ١٩٨١ - ملحق رقم (١) .

الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية فى مصر ، والدول العربيـة " **مدنـى ، جنائى ، دولى** " - الطبعة الثانية - تقديم محمد زكى عبد المتعـال - ١٩٨٧ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض المصريـة ، والدائـرة المدنية فى خمس سنوات - فـى الفـترة مـن ١٩٨٠ - إلـى ١٩٨٥ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - سنة ١٩٨٨ .

مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عيـــن شمس .

مجلة القانون ، والإقتصاد - تصدرها كلية الحقوق - جامعة القاهرة .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كليـــة الحقــوق - جامعة الأسكندرية .

مجلة المحاماه المصرية - تصدرها نقابة المحامين بمصر .

مجلة إدارة قضايا الحكومة " هيئة قضايا الدولة حاليا " - يصدرها المكتـــب الفنى لهيئة قضايا الدولة .

مجلة الجمعية المصرية للقانون الدولى - " مجلة مصر المعاصرة " .

مجلة الدراسات القانونية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة أسيوط .

مجلة روح القوانين - تصدرها كلية الحقوق - جامعة طنطا .

ثانيا : باللغة الفرنسية

1 – Ouvrages generaux.

AUBRY et RAU :
Cours de droit civil Francais . 6 ed . 1964 .

BERTIN :
Principes de droit international prive . Paris . 1920 . T . 1 .

M . BIOCHE :
Dictionnaire de procedure civile et commerciale . T . 1 . Paris . 1867 .

CARBONNIER (J .) :
Droit civil . T . 1 . 11e ed . 1956 .

G . CORNU et FOYER :
Procedure civile . Paris . 1958 .

GARSONNET et CEZAR – BRU :
Traite theorique et pratique de procedure civile et commerciale . T . V111 . 1904 .

GLASSON (E .) , TISSIER et MOREL :
Traite theorique et pratique d'Orangisation Judiciaire de competence et de procedure civile . Sirey . Paris . 3e ed . T . 5 . 1936 .

HAMEL (G .) et LAGARD (G .) :
Traite elementaire de droit commercial . Dalloz . Paris . 1954 .

HAMONIC :
L'arbitrage en droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1950 .

JAPIOT :
Traite de procedure civile et commercial . 1930 .

JOSSERAND :
Cours de droit civil positif . T . 1 . 1938 . Paris . Sirey .

L . LACOSTE :
Cours elementaire de procedure civile et voies d'execution . 3e ed . Sirey . 1956 .

LAURANT : Principes de droit civil Francais . 2e ed . T . 11 et T . 27. ,Paris . 1869 – 1978 .

LEON – CAEN (C . H .) et RENAULT :Traite elementaire de droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1921 .

MOREL (R .) : Traite elementaire de procedure civile . 2e ed . Sirey . 1949 .

PERROT ROGER : Institutions Judiciaires . 1983 . Montchrestien . Paris .

PLANIOL et REPERT : Traite pratique de droit civile Francais . T . 1 , 2e ed . 1952 . 1957 .

SOLUS (H .) et PERROT (R .) : Droit judiciaire prive . Paris . Sirey . 1961 .

THALLER (E .) : Traite elementaire de droit commerecial . 5e ed . 1916 . Paris .

VINCENT (J .) : Procedure civile . Dix – neuvieme edition . 1978 . Dalloz . Paris .

VINCENT (J .) , GUINCHARD (S .) : Procedure civile . 28 e ed . Dalloz . 20e ed . 1981 . 22e ed . 1991 .

H . VIZIOZ : Etudes de procedure . ed . Biere . Bordeaux . 1956 .

2 – Ouvrages speciaux

ALEX WEILL , FRANCOIS TERRE : Droit civile . Les personnes . La famille . Les incapacites . 5e ed . 1983 . Dalloz .

ANTOINE KASSIS : Proleme de la base de l'arbitrage . T . 1 . Paris . L . G . D . J . 1987 .

J . ARETS : Reflexions sur la nature Juridique de l'arbitrage . Annales de la Faculte de droit de Liege . 1962 .

BERNARD (A .) : L'arbitrage volontaire en droit prive Belge et Francais . Bruxelles . 1937 .

E . BERTRAND : Etude exploratoire de l'arbitrage dans les principales matieres de droit prive . 1975 .

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . Juridictionnaire . ed . 1983 . ed . 1990 . . Paris .

A . BRUNETH : Les apports collectifs du travail , 2e ed . 1978 .

CARABIBER : Les developpement de l'arbitrage . sous les suspices de grandes centres d'arbitrage . Dr . Soc . 1956 .

CEZAR – BRU : Commentaire de la loi du 31 Decembre . 1925 . lois nouvelles . . 1 , P . 181 et s .

CHAMY (EDOUARD) : L'arbitrage commercial international dans les pays Arabes . 1985 . Paris .

CHARLES JARROSSON : La notion d'arbitrage . Paris . 1987 . Bibliotheque de Droit prive .

DAVID (R .) : Arbitrage du XIX et arbitrage du XX siecle . Melanges offert a SAVATIER . Dalloz . Paris . 1965 .

L'arbitrage dans le commerce international . Economica . 1981 .

FOUCHARD PHILIPPE : L'arbitrage commercial international . Dalloz . 1965 . Paris .

FOUSTUCOS : L'arbitrage interne et international . Droit prive belenique liter . 1976 . Preface B . GOLDMAN .

M . GOBEAUDE LA BILENNERIE : Traite generale de l'arbitrage . Paris . 1927 .

GRECH (GASTON) : Les chambres arbitrales et l'arbitrage commercial . 1952 .

Precis de l'arbitrage . Traite pratique sur la compromissoire et les chambres Arbitrales , 1964 .

Les chambres arbitrales en matiere commerciale . 1972 .

HAMONIC (G .) : L'arbitrage en droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1950 .

HEINKOTZ REYNALD OTTENIOF : Les conciliateurs . la conciliation . une etude comparative . preface de . ANDRE TUNC . Economica . . 1983 .

Y . JEANCLOS : L'arbitrage en Bourgogne et en champagne du XII au XV sicle . Dijon . 1977 .

KLEIN : Du caractere de la clause compromissoire notamment en matiere d'arbitrage . Revue Critique de Droit international prive . 1961 .

E . LOQUIN : L'mlable composition en droit compare et international . Litec . Paris . 1980 .

LUCUIN FRANCOIS : L'adage nul ne peut se Faire Justice soi meme " in Annales de la Faculte De Droit du Liege . 1967 .

E . MEZGER : De la distinction entre l'arbitre dispense d'observer les regles de la loi et l'arbitre statuant sans appel . Dalloz . 1970 .

MONIER : Mannel elementaire de droit Romain . Montchrestien . 1947 . T . 1 .

MOREL (R .) : La clause compromissoire commercial . l . g . d . j . Paris . 1950 .

MOTULSKY (H .) : Ecrits . etudes et notes sur l'arbitrage . Dalloz . 1974 . Paris .

ROBERT (JEAN) : Traite de l'arbitrage , ed . 1967 .

Arbitrage civile et commercial en droit interne et international prive . Dalloz . 4e ed . 1990 .

J . ROBERT et B . MOREAU : L' arbitrage . droit interne et droit international prive . 6e ed . Dalloz . 1993 .

RODIERE : L'administration mineurs . Etude de Droit compare . Paris . 1950 .

SICARD (JEAN) : Manuel de l'expertise et de l'arbitrage . Paris . Librarie des Journal des notaires et des avocats . 1977 .

3 – Les these

BEAUREGARD (JACQUE) : De la clause compromissoire These Paris . 1911 .

CHARLES PEFORT : Les difficultes soulvees par l'application de la loi 31 Decembre 1925 sur la clause compromissoire . Paris . 1929 .

D . COHEN : Arbitrage et societe . These . 1993 . Paris 11 .

El . GOHARY MOHAMED : L'arbitrage et les contrats commerciaux internationaux a long term . These . Renne 1 . 1982 .

HERVE CHASSERY : La clause compromissoire en droit interne . These . Montpellier . Mars . 1975 .

IBRAHIM N . SAD : La sentence arbitrale . These . Paris . 1969 .

JARROSSON : La notion d'arbitrage . These . Paris . 11 . 1985 . L . G . D . J . Paris , 1987 . preface OPPETIT .

JOSEPH MONESTIER : Les moyens d'ordre public . These . Toulouse . 1965 .

P . L . LEGE : L'execution des sentences arbitrales en France . These . Renne. 1963 .

S . MARECHAL : Le prix de vent laisse a l'arbitrage d'un tiers . These . Lille . 1970 .

F . MAUGER : L'arbitrage commercial aux Etats – unis D'Amerique . These . Paris . 1955 .

WEILL : Les sentences arbitrales en droit international prive . These . Paris . 1906 .

DE MENTION : Le role de l'arbitrage dans l'evolution Judiciaires . These . Paris . 1929 .

MOHAMMED ABDEL RHALIK OMAR : La notion d'irrecevabilite en droit Judiciaire prive . These . Paris . 1987 .

MOHAMED ARAFA : Les investissements etrangeres en Egypt . These . Nantes . 1989 .

MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire . These . Rennes . 1985 .

J . MOUTON : Nature Juridique de la sentence arbitrale en droit prive . These . Paris . 1938 .

EL – KADI (OMAR) : L'arbitrage international en droit musulman . droit positif Francais et Egyptien . These . Paris . 11 , 1986 .

ROTHE (M .) : La clause compromissoire et l'arbitrage depuis la loi de 1925 . These . Paris , 1934 .

محتويـــــات الكتــــاب

F . E . KLEIN : Consideration sur l'arbitrage en droit international prive . Bole . 1955 .

Autonomie de la volonte et arbitrage . Revue Critique . 1958 . P . 281 et s .

P . LEVEL : Une premiere rotuche au droit a l'arbitrage , laloi du 5 Juillet 1972 . J . C . P . 1972 . 1 . 2494 .

E . LOQUIN : L'Obligation pour l'amaible composition de matiere sa sentence . Rev . Arb . 1976 . P . 223 et s .

MINOLI : Relations entre partie et arbitre . Rev . Arb . 1970 . P . 221 et s .

MOREAU (B .) : La recusation des arbitres dans la Jurisprudence recente . Rev . Arb . 1975 . 223 et s .

MOREL (R .) :L'application a l'arbitrage des regles du nouveau code . Rev . Arb . 1980 . 642 .

MOTULSKY (H .) : Menance sur l'arbitrage . la pretendue incompetence des arbitres en cas de contatation sur l'existence ou sur la validite d'une clause compromissoire . J . C . P . 1954 . 1 . 1194 .

La nature Juridique de l'arbitrage prevue pour la fixation des prix de vente ou le loger . Rec . gen . lois . 1955 . P . 109 et s.

La respecte de la clause compromissoire . Rev . Arb . 1955 , P . 13 et s

L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public , Rev . Arb . 1956 . P . 38 et s .

La capacite de compromettre des etablissement publics a contrat commercial a propos de l'arret societe national devante surplus , Rev . Arb . 1958 , P . 39et s.

L'evolution recente en matiere international . Rev . Arb . 1959 , P . 3 et s .

competence arbitrale . J . C . P . 57 . ED . 9 J . NORMAND : Les conflits individuel . du travail et l'arbitrage apres la loi du 6 Mai . Arb . 1982 . P . 169 et s.

J . P . PALEWSKI : L'arbitrage en matiere commercial et la jurisprudence de la cour de cassation . Clunet . 1933 . P . 845 et s

J . P . PANSSE : Le respecte du principe de la contradictoire dans les deroulement des operation d'expertise . Gaz . Pal . 1978 . P . 629? et s .

PERROT (R .) : L'administration de la preuve en matiere d'arbitrage . Rev . Arb . 1974 . P . 159 et s .
Les voies de recours en matière d'arbitrage . Rev . Arb . 1980 . P . 269 et s .
L' Aplication a l'arbitrage des regles nouveau code de procedure civile . Rev . Arb . 1980 . P . 642 et s .
Influence sur la validite de l'arbitrage les rapports des arbitres avec les parties . Rev . Arb . 1969 . P . 43et s .
L'arbitrage en matiere international . D . 1981 . Chron . 209 .

P . SCHLOSSER : L'arbitrage et les voies des recours . Rev . Arb . 1980 . P . 28 et s .

VASSEUR (M .) : Essai sur la presence d'une personne a une acte Juridique accompli par d'autres . R . T . D . Civ . 1949 , P . 173 et s .

VAV – HECRE : Arbitrage et restrinction de la currence . Rev . Arb . 1973 . P . 3 et s .

J . VIATTE : De la recasation des arbitres . Gaz . Pal . 1973 . 2 . Doc . P . 719 et s
L'amiable composition en Justice . Rec . Gen . Lois et Jurisp . 1974 . P . 563 et s.
Les voies de recours contre les sentences arbitrales . Gaz . Pal . . 1975 . 2 . Doct . 112 et s

WAHL (A .) : La clause compromissoire en matiere commercial ز J . C . P . 1927 . ed . g .

IV periodiques et revues

Buelletin des Arrets de la cour de la cassation " Bull "
Recueil Sirey
Recueil Dalloz Hebdomodaire " D . H . "
Recueil Dalloz Periodique "D . P . "
Recueil Dalloz " D "
La Gazette du Palais " Gaz . Pal "
La Semaine Juridique . Juris – Classeur Periodique " J . C . P . "
Encyclopedie Dalloz , Repertoire De Droit Civile " Enc . D . Rep . Dr . Civ . "
Encyclopedie Dalloz . Repertoire De Droit Procedure Civile " Ency . D . Rep . proc . Civ "
Juris – Classeur De Procedure Civile " Juris . Proc . Civ " ou Juris . Class . Proc . Civ ."
Pormulaire Analytique de Procedure " For . Analu . Proc "
Revue Critique De legislation et de Jurisprudence " Rev . Crit . Legiset Juris "
Revue du Droit Public et de la science politique " R . D . P . "
Revue international de droit comparee " Rev . Int . Dr . Com ."
Revue generale des assurances terrestres " Rev . Gen . Ass . Terr . "
Revue Trimestrielle de droit civile " R . T . D . Civ . "

محتويـــــات الكتــــاب

تم بحمد الله ، وتوفيقه . . .

المؤلف . . .